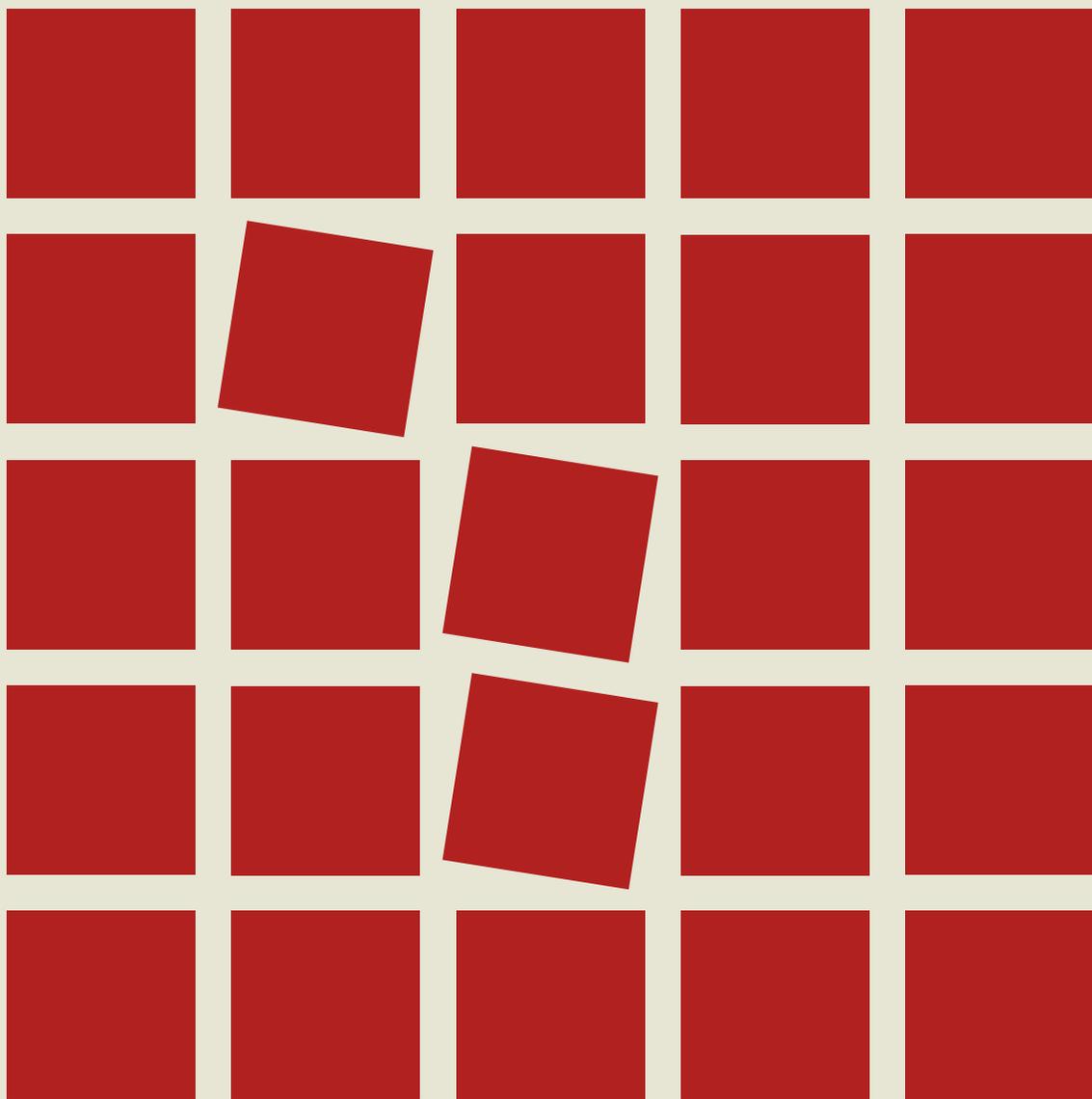
Ricerche giuridiche

ISSN 2281-6100

Vol. 4 – Suppl. al num. 1
Giugno 2015

Edizioni
Ca'Foscari

Ricerche giuridiche
Rivista semestrale

Direzione e redazione Dipartimento di Economia, Università Ca' Foscari Venezia San Giobbe - Cannaregio 873, Fondamenta San Giobbe, 30121 Venezia
ricerchegiuridiche@unive.it

Valutazione dei contributi I contributi inviati alla rivista *Ricerche giuridiche* sono oggetto di esame da parte del Comitato scientifico per la valutazione secondo le seguenti regole:

1 La valutazione è prevista per tutti i contributi (articoli, saggi, lavori di workshop dottorali, commenti a sentenza, ecc.).
2 Il contributo ricevuto è trasmesso in forma anonima, a cura della Direzione scientifica, ad uno o più componenti del Comitato scientifico per la valutazione, affinché i medesimi formulino il proprio giudizio compilando in via telematica l'apposito questionario. Trascorso il termine di trenta giorni dalla ricezione senza che il valutatore designato abbia formulato il giudizio, il contributo si intende da questi approvato.
3 La valutazione è calibrata sul genere letterario del contributo, e quindi sulla diversa funzione del saggio, della rassegna di giurisprudenza, del commento a sentenza.
4 In presenza di pareri dissenzienti, la Direzione può assumersi la responsabilità scientifica di procedere comunque alla pubblicazione, ma con indicazione del parere contrario dei valutatori interpellati. Ove invece dalle valutazioni emerga un giudizio positivo condizionato (a revisione, integrazione o modifica), la Direzione scientifica promuove la pubblicazione del contributo solo a seguito del suo adeguamento alle indicazioni ricevute dai valutatori, assumendosi la responsabilità della verifica.
5 In ciascun fascicolo della rivista sarà indicato, in ordine alfabetico, l'elenco dei membri del Comitato scientifico per la valutazione che hanno effettuato la valutazione dei contributi pubblicati.
6 La Direzione scientifica della Rivista si riserva la facoltà di valutare autonomamente i contributi di alti esponenti delle istituzioni e i supplementi che raccolgano gli atti di convegni.

Ricerche Giuridiche [online] ISSN 2281-6100
Vol. 4 – Num. 1 – Giugno 2015 – Supplemento

Sommario

IL DIRITTO COME DISCORSO
A PARTIRE DAL LIBRO DI AURELIO GENTILI

Atti del seminario di studi
Il diritto come discorso.
A partire dal libro di Aurelio Gentili
Venezia, Studium Generale Marcianum,
17 gennaio 2014

Ricerche giuridiche [online] ISSN 2281-6100
Vol. 4 – Num. 1 – Giugno 2015 – Supplemento

Introduzione

Carmelita Camardi
(Professore ordinario di Diritto Privato nell'Università Ca' Foscari Venezia)

La posizione di chi – come me – si è riservata l'introduzione o più semplicemente la presentazione del seminario non dovrebbe essere quella di entrare nel merito delle problematiche svolte nel volume di Aurelio Gentili, e nemmeno quella di offrirne una elencazione sintetica per punti fondamentali dei temi affrontati. La seconda sarebbe inutile; mentre per la trattazione e valutazione del volume sono qui un buon numero di colleghi, docenti e professionisti che se ne sono assunti il compito. Li ringrazio molto per questo; e sono convinta che la pluralità dei punti di vista che emergerà dai loro contributi renderà il giusto tributo ad un opera che sicuramente presenta il merito del confronto con una pluralità di discipline.

Desidero invece condividere con il pubblico e con gli ospiti le ragioni che mi hanno indotto ad "approfittare" del volume di Aurelio Gentili per tesservi intorno un "discorso" di un'intera giornata.

La prima ragione viene dal mio mestiere, che è quello del nostro Autore, nell'ambito di una disciplina – il diritto privato – che presenta due privilegi nell'organizzazione ufficiale del sapere accademico, che sono però anche due oneri non indifferenti per chi la impartisce. Si tratta del privilegio per il quale la disciplina è impartita a studenti di 1° anno che normalmente in tale occasione sentono per la prima volta parlare del *diritto*; e di quello per il quale al docente di Diritto privato la tradizione scientifica assegna il compito di porre e soprattutto di rispondere alle domande fondamentali sul *diritto*, come fenomeno, come tecnica, come scienza, come mezzo di protezione, come ponte o fonte per la giustizia. Confesso che da questo punto di vista l'esperienza ormai ampia che pur mi son fatta mi fa sentire sempre meglio quando insegno ai giovani delle lauree magistrali piuttosto che alle matricole.

La seconda ragione viene dall'esperienza accumulata e sempre confermata nello svolgimento della mia attività – non solo di didatta – quando vengo a contatto con interlocutori che non sono giuristi, e però di fronte ad un problema per il quale il diritto può o deve dare una risposta (il che avviene spesso), si attendono, o forse fanno affidamento sulla possibilità che il diritto dia una ed una sola e definitiva risposta al problema. A quel punto, il senso di responsabilità che già come docente non mi fa mai andare in aula solo per "ripetere" lezioni che da anni mi sono note, mi costringe a

nascondere dietro un “fammi vedere le carte” o “fammi leggere le norme” la difficoltà di rispondere che una ed una sola e definitiva risposta è difficile – almeno nella quotidianità dei rapporti sociali – che ci sia, nemmeno quando tale esito appare ovvio. Di solito ce ne sono almeno due! (non posso dimenticare che da studentessa venivo con stupore invitata da un collega alle feste che il padre di lui – avvocato penalista e principe del foro – teneva tutte le volte in cui riusciva a fare assolvere un reo confesso: allora tutto ciò mi pareva un controsenso).

Considerando queste due ragioni, che sono pensieri che mi accompagnano di frequente, ho ritenuto che il libro di Aurelio Gentili meritasse l’attenzione che oggi gli tributiamo, da parte degli studenti che il diritto devono in qualche modo imparare e da parte dei professionisti che con i discorsi giuridici si misurano ogni giorno. E questo è il motivo per il quale la giornata è strutturata attraverso gli interventi degli uni e degli altri, oltre che dei docenti.

Ma perché il libro di Gentili e non un altro?

Perché vi ho trovato – al di là delle sue personali opzioni di teoria e metodo – un’assunzione di responsabilità. La responsabilità del giurista di fronte alle aspettative sociali diffuse riposte nel diritto e per esso nella funzione che nel nostro sistema è assegnata ai giudici, agli amministratori, agli avvocati e naturalmente ai professori.

In questa chiave vorrei dire dunque qualcosa.

Innanzitutto la strutturazione dell’opera nelle quattro parti, ove l’argomentazione – quale tecnica discorsiva propria del giurista – è posta in relazione con alcuni dei *topoi* che distinguono il fenomeno giuridico rispetto a qualunque altro fenomeno sociale: le fonti, la scienza giuridica, i diritti soggettivi, e il processo. In ciascuna delle quattro parti l’Autore si preoccupa di demolire, armato di solo fioretto, quella che per lui è stata una rappresentazione falsa del diritto, e neppure scientifica, quale fornita dal giuspositivismo classico (particolarmente praticato proprio dai civilisti), che ama predicare delle norme la loro realtà quali oggetti dati dalla volontà del legislatore e come tali conoscibili dall’interprete. La scienza giuridica pretenderebbe in tal modo sia di fondare oggettivamente la validità delle norme; sia di porsi come scienza alla stregua delle altre (in quanto capace di scoprire e descrivere il senso delle norme); sia soprattutto di porsi come detentrice del “vero” e per questa via – perché no – anche del “giusto”. Così infine presentandosi alla società come scienza che rende un servizio, per l’appunto di scienza e conoscenza.

Ora – e ripeto indipendentemente dalla condivisione o condivisibilità delle teorie di Gentili – la sua immediata e diretta presa di posizione, con la quale mette subito in luce la componente linguistica del fenomeno giuridico, la sua pertinenza all’ambito del dover essere (del linguaggio prescrittivo dunque e non di quello descrittivo); e poi lo svolgimento rigoroso e coerente di tale impostazione rispetto a ciascuno dei *topoi* sopra evi-

denziati è già un atto di responsabilità, che a mio avviso merita di essere sottolineato.

Contrariamente a quanto si potrebbe pensare, infatti, l'aver spogliato i giuristi del loro abito di sacerdoti detentori delle chiavi di accesso ad una realtà "data" e "posita" da un referente esterno, e per ciò solo valida, non è mossa che lascia spazio – mi si permetta il gioco di parole – ad un vuoto di verità o di senso che potrebbe a sua volta lasciar prevalere l'arbitrio o il nichilismo. Tutto all'opposto, il diritto come discorso e la sua possibilità di essere conosciuto, comunicato e poi applicato attraverso le argomentazioni, assegna al giurista un compito ed una responsabilità ben più pregnanti di quanto non siano quelli del semplicemente "scoprire" un significato, sebbene attraverso i non facili strumenti dell'*ars interpretandi*.

Il discorso sul diritto e lo stesso diritto come discorso pongono il non facile onere di "argomentare" razionalmente, e perciò di motivare, confrontarsi, ascoltare, promuovere il contraddittorio come metodo generale, scegliere attraverso la logica e la coerenza, in vista del raggiungimento di quell'unico risultato di validità che il discorso permette di raggiungere: quello della condivisione dell'argomento in quanto non confutato e contraddetto. Ma questo risultato e questo metodo, che denotano mi pare una fiducia – se non incondizionata comunque – molto ampia nella capacità dell'uomo di essere razionale, trovano ragion d'essere, come ben presto dice Gentili, su un duplice presupposto: che il diritto ponga diritti e doveri per altri da supportare se necessario con la forza; e che per stabilire gli uni e gli altri si muova dal principio della libertà e della democrazia. L'assunzione di responsabilità nel fabbricare il discorso giuridico si accompagna a quella per la quale questo discorso deve garantire la libertà e deve garantire tutti, altrimenti neppure discorso oggettivamente valido potrebbe essere, atteso che il diritto – discorso o altro che sia – o prescrive oggettivamente per tutti o è una burla.

In questo contesto argomentativo, discorrere con riferimento alle fonti, ai diritti soggettivi e al processo (fondamentalmente civile) è per l'autore l'occasione non solo di ripercorrere la storia dell'esperienza e della scienza giuridiche, ma soprattutto per spiegare in un modo più lineare e soddisfacente alcuni passaggi dell'una e dell'altra che il giuspositivismo – o meglio una forma di adesione al giuspositivismo cieca o comunque acritica – ha invece rappresentato in una maniera che produce contraddizioni e fratture insanabili.

Mi riferisco alle questioni emblematiche dal punto di vista del metodo interpretativo del diritto europeo, più in generale, e dell'abuso del diritto, su di un piano più specificamente civilistico. Ed è questa la seconda e ultima cosa che vorrei dire.

In merito al diritto europeo, frequentemente accusato di aver frantumato la costruzione geometrica dei concetti fondamentali del diritto privato, l'approccio del diritto come discorso, e la conseguente analisi storica del

modo in cui i concetti sono stati elaborati dal *code* francese in poi, fanno quantomeno guadagnare una più laica e lineare prospettiva di comprensione. Da un parte riportando la decostruzione concettuale imputata all'irruzione dell'UE già nel noto contesto della decodificazione e della moltiplicazione dei sistemi del secondo novecento. Dall'altra, ritrovando proprio nell'uso accorto e razionale dell'argomentazione lo strumento utile per ricomporre – nel quadro generale della sussidiarietà – il diritto interno concettualizzato e il diritto europeo aconcettuale o rimediale, come altri dicono.

In merito alla *vexata quaestio* dell'abuso del diritto, condotta attraverso i discorsi del legislatore, quando vi sono, della giurisprudenza e della dottrina, che vi sono invece in gran quantità, è ancora una volta l'uso affilato e razionale dell'argomentazione che ne svela il carattere potenzialmente arbitrario e addirittura eversivo. Ma non tanto per la surrettizia introduzione nell'ordinamento di istanze di giustizia, di morale o di equità in funzione di correttivo dello *strictum ius* (critica peraltro comune ad altre visioni anche più positiviste del diritto); quanto piuttosto per la insanabile contraddizione che il percorso argomentativo tradizionale introduce nella sua applicazione. Come accettare infatti che un atto conforme a legge sia ciononostante illegittimo e autorizzi l'irrogazione di una sanzione? E come accettarlo in riferimento ad una fattispecie che resta indeterminata e perciò aperta all'arbitrio incontrollato del decisore? Un'argomentazione complessa ma rigorosa ci spiega invece il percorso attraverso il quale la contraddizione può essere risolta e l'applicazione dell'argomento controllata. Il ragionamento sulla "lacuna assiologica", sulla distanza cioè tra la regola permissiva e la sua giustificazione sulla base di un principio interno al sistema, rende possibile collocare l'abuso proprio come operazione logica che fa prevalere – per il principio di non contraddizione – la valutazione repressiva piuttosto che quella permissiva, e come argomento controllabile.

Chiudo. I relatori illustreranno puntualmente contenuti e risultati del volume. Io ho voluto evidenziarne la funzionalità rispetto ad alcuni interrogativi, solo apparentemente pratici, ma che coinvolgono la funzione sociale e scientifica del giurista. Quello dell'insegnamento del diritto, inteso come formazione ad una cultura diffusa della legalità; e quello dell'uso del diritto come tecnica scientifica e controllabile per la soluzione dei problemi sociali.

Ricerche giuridiche [online] ISSN 2281-6100
Vol. 4 – Num. 1 – Giugno 2015 – Supplemento

I limiti dell'argomentazione

Luigi Benvenuti
(Professore ordinario di Diritto Amministrativo
nell'Università Ca' Foscari Venezia)

1 Il dialogo con la filosofia analitica

Anch'io devo esprimere la mia personale soddisfazione nel presentare l'ultimo libro di Aurelio Gentili[1], collega veneziano per un quindicennio, a partire dai primi anni Novanta.

Si tratta di un libro che rappresenta il frutto profondo e maturo di riflessioni connotate da uno spirito dialogico: dialogo con la filosofia, ma anche con altre culture; obbligando a ripensare innanzitutto al ruolo stesso della scienza giuridica; mettendo in relazione la prospettiva dell'argomentazione – una delle cifre di fondo del lavoro – con la teoria delle fonti, e poi con la prassi forense, con le pretese e i diritti, con la dimensione processuale.

Nel procedere anticipo subito lo schema del mio intervento.

Innanzitutto proverò a focalizzare l'attenzione su alcune peculiarità dell'opera, mettendola a confronto con taluni indirizzi della filosofia analitica, con cui del resto lo stesso Autore fa mostra di voler dialogare.

Nella parte finale, vedrò di svolgere qualche riflessione ulteriore su problematiche tipiche della disciplina da me professata, il diritto amministrativo.

E inizio con il richiamare quelli che mi sembrano gli strumenti concettuali che la filosofia analitica ha elevato a principi di metodo.

Benché esistano differenze in ordine alle modalità di declinazione di questo o quel principio, i tratti caratterizzanti possono riassumersi nei seguenti quattro criteri di ordine metodologico: la grande divisione tra discorsi descrittivo e prescrittivo; la distinzione tra discorsi e metadi-

1 A. Gentili, *Il diritto come discorso*, Milano, 2013.

scorsi; la distinzione tra contesto di controllo e contesto di scoperta; la separazione tra giudizio e discorso sintetico e analitico[2].

Quanto alla prima distinzione, non occorrono molte parole per constatare come essa pervada l'intero arco della trattazione.

Fin dalle prime pagine, Gentili ricorre a quelle cautele necessarie per distinguere presupposto epistemologico e giudizio di valore, norma morale e mera descrizione.

L'adesione al criterio divisionista tra essere e dover essere, oltre a servire ad evitare qualsiasi accusa di fallacia naturalistica, induce a svelare le connotazioni valutative implicite nelle espressioni linguistiche, e denunciare il falso mito di una realtà giuridica tutta incentrata sulla logica dell'essere anziché su quella del dover essere.

Passando agli ulteriori due profili connotativi della teoria analitica, vale a dire la distinzione tra discorsi e meta-discorsi e quella tra contesto di giustificazione e contesto di scoperta, entrambe sono richiamate nel corso della trattazione, quanto meno per finalità di chiarificazione del discorso; nel primo caso, ad esempio, per rispondere alla domanda se pure i privati possano avvalersi di meta-discorsi; nell'altro per spiegare l'operato del giudice nella scelta delle premesse della decisione, anche qui tenendo peraltro distinto ciò che si dice di fare, da ciò che si fa nella realtà.

In ordine al primo profilo va puntualizzato come nel volume non vi sia alcun saggio espressamente dedicato alla teoria delle definizioni.

E mi chiedo se questo non sia un piccolo indizio della presa di distanza dell'Autore rispetto alle istanze di un troppo ossessivo formalismo pratico, dedito a circoscrivere i confini della vaghezza, per il tramite del ricorso a una sorta di riscrittura del dettato normativo.

Qui, si vorrebbe dire, l'Autore pare privilegiare l'uso del metalinguaggio per fini minimamente esplicativi, lasciando piuttosto alla concreta dialettica discorsiva – i *Topoi* argomentativi – il compito di chiarificazione del rapporto intersoggettivo.

Per contro, nella discussione intorno alle premesse della decisione, pur nella consapevolezza di tener distinti, come si è detto, contesto di giustificazione e contesto di scoperta, Gentili, sensibile proprio alla concreta dinamica della dialettica argomentativa, finisce per enfatizzare il ruolo dei valori, valori che, al di là di ogni giustificazione apparente, rappresentano una delle ragioni della scelta.

Qui, vi è da sottolineare, viene in primo piano proprio l'esperienza concreta del giurista, e vorrei dire che le pagine dedicate al processo e ai vari tipi di retorica, del giudice e dell'avvocato, esprimono in modo magistrale le capacità introspettive dell'Autore, rivelando i lati più oscuri e nascosti

2 In tal senso cfr. M. JORI, *Introduzione* a *Ermeneutica e filosofia analitica. Due concezioni del diritto a confronto,* Torino, 1994.

del ragionamento e del discorso giuridico.

Un posto a parte merita l'ultimo dei profili dianzi citati, quello della distinzione tra giudizio e discorso analitico e sintetico.

Di essa si trova un richiamo esplicito nel saggio dedicato al pensiero di Ferrajoli.

Per Gentili la possibilità logica della verità avrebbe almeno due condizioni. La prima riguarda il significato delle proposizioni, e solo a quelle descrittive sarebbe riferibile il predicato vero-falso. La seconda attiene alla natura logica delle stesse, e qui se nelle proposizioni analitiche la verità avrebbe il significato della necessaria implicazione delle conclusioni nelle premesse, nelle proposizioni sintetiche, ovviamente, la verità non potrebbe non discendere dalla corrispondenza al referente reale.

Tutti questi requisiti non appaiono sussistenti ove si presti attenzione ai concetti e alle proposizioni della dogmatica, che non sono mai (puramente) descrittive.

I concetti e le proposizioni della dogmatica non hanno alcun referente esterno; hanno un frastico ma non è quello che li caratterizza concettualmente.

2 Scienza giuridica e validità della norma

Ebbene giunti a tal punto viene da chiedersi, allora, in assenza di un elemento di verità, di un referente esterno empirico, verificabile, quale possa essere il limite del discorso della dogmatica, quale il senso di una "validità oggettiva".

Ecco, credo che su ciò sia necessario fare chiarezza perché proprio questo è uno dei nodi di fondo più problematici del pensiero di Gentili.

Va detto al proposito, innanzitutto, che l'Autore non pare accedere alla teoria del significato come uso.

Né forse si ammette neppure l'esistenza di mere convergenze parziali sul piano delle prassi interpretative; così come, con attenzione all'esperienza giuridica, viene respinta la tesi del ricorso agli usi linguistici del legislatore per attingere ai valori di verità.

I limiti vengono piuttosto individuati come insiti nello stesso linguaggio naturale, di tal che, si finisce per riconoscere la possibilità di annettere a singole parole significati comprensibili dagli utenti, rendendo dunque spiegabile la comunicazione.

Con attenzione al linguaggio giuridico, la distinzione tra nucleo certo e zona di frangia viene peraltro sfumata da Gentili, che, ben consapevole della possibile indeterminatezza dei significati derivante dalla combinazione degli enunciati presente nell'ordinamento, finisce per stigmatizzare ogni troppo netta distinzione tra luce e penombra, privilegiando una lettura dell'intera problematica in chiave quantitativa.

Compito dell'interprete, si dice, potrà essere quello «di registrare casi in cui la proposizione normativa ammette un numero tendenzialmente assai limitato di interpretazioni, e casi in cui ne ammette un numero, se non illimitato, tendenzialmente assai ampio»[3].

Sintetizzando, e seguendo il ragionamento di Gentili, non potrebbe concepirsi una scienza "giuridica" meramente descrittiva di fatti produttivi di effetti constatabili, che siano classificabili come validi-invalidi.

Tutt'al più potrebbe esistere un discorso cognitivo sui fatti del diritto, appannaggio di altre discipline come la sociologia del diritto, oltre che di quel particolare indirizzo che va sotto il nome di realismo giuridico; e un discorso non cognitivo in qualche modo incentrato sui valori, cui potrebbe darsi il nome di teoria del diritto, ferma l'esistenza in proposito di alcune ben conosciute varianti (dalla teoria analitica, al giusnaturalismo, al normativismo *tout court*).

Da tale punto di vista diviene oggetto di critica sia la tesi cognitivista corrente tra i giuristi positivi, sia ad esempio l'impostazione teorica di chi ritiene che oggetto della scienza giuridica possa essere la ricognizione degli usi linguistici effettivi e della indeterminatezza delle espressioni linguistiche.

Per Gentili, quel che davvero esisterebbe per effetto di un fatto empirico sarebbe la sola disposizione, mentre la validità della norma, il suo significato, la esistenza della stessa, ovvero la giuridicità dell'atto che pone la disposizione, dipenderebbero dalla scienza giuridica.

Tale radicale affermazione, che fa seguito alla pungente critica rivolta alla teoria assiomatizzata del diritto di Ferrajoli, finisce per investire soprattutto il fondamento ultimo della nozione di validità.

Essa non è intesa come un fatto empirico constatabile, ma diviene appunto diretta emanazione della scienza giuridica, abbisognando peraltro di peculiari ragioni giustificative, onde evitare che il rifiuto del cognitivismo possa sfociare in un indifferenziato relativismo, ovvero nei più diffusi irrazionalismi e in genere nel nichilismo.

Qui il discorso si ispessisce, introducendo ad una domanda conclusiva, che viene così formulata: per essere vera scienza del diritto la scienza del diritto deve essere prescrittiva, ma per essere davvero scientifica essa deve dare buone soluzioni. Ebbene come potrebbe essere prescrittiva e al contempo oggettiva?

Il tentativo di risposta a tale quesito, mi pare passi nei vari saggi del libro per qualche affinamento successivo, di cui è d'uopo ora dar conto, e che alla fine porta ad una devianza, da parte dell'Autore, rispetto alla genuina lezione analitica quale professata dalla filosofia italiana.

3 Cfr. *L'«ordinamento delle pretese giudizialmente perseguibili»*, A. Gentili, *op. cit.*, p. 348.

Inizio dal saggio “Scienza giuridica e prassi forense”, ove si discutono le condizioni di obiettività delle proposizioni prescrittive.

Qui, prima ancora di entrare nel merito di tale dimostrazione, si assume un duplice presupposto: che il diritto è il discorso che giustifica, ove necessario, l’uso della forza; ma soprattutto, che per stabilire poteri e doveri bisogna muovere dai principi di libertà, autonomia e democrazia.

Si tratta di requisiti importanti, che attenuano, in particolare i secondi, la rigorosa asetticità del ragionamento dell’Autore, che tramite una spiegazione di tipo logico prova a controbattere le tradizionali spiegazioni circa l’obbligatorietà del diritto (di volta in volta basate sulla forza, l’effettività, la morale, etc).

Vediamo quali sono dunque, i caposaldi della costruzione.

Innanzitutto si osserva come una eventuale contestazione problematizza ma non nega la validità di una prescrizione, e solo una costatazione davvero fondata arriverebbe a negarla.

Di seguito si delineano i fondamenti di ordine prevalentemente logico – specie facendo riferimento al principio di non contraddizione – di una possibile contestazione.

Infine, passando dalla semantica generale alla semantica specifica delle prescrizioni giuridiche, vengono presi in esame i punti caratterizzanti delle situazioni di autonomia e di eteronomia.

Si tratta di un’impostazione che a mio avviso mette la parola fine, con nettezza, a molte ambiguità, presenti nei discorsi di chi preferisce fornire una spiegazione di ordine “fattuale, o morale, o metafisico, o religioso, o magico”, con la conclusiva precisazione che la necessità della razionalità dei precetti è tipica del sistema democratico.

Vi è da aggiungere, da ultimo, che la razionalità pratica cui fa ricorso Gentili non sposa in modo troppo rigido il modello logico-deduttivo, lasciando comunque aperto, come si evince dai vari saggi del libro, lo spazio per una integrazione con altre tecniche – paradigmi – incentrati su un uso dialogico del concetto di razionalità.

Ho detto prima come, con attenzione al problema della obiettività del linguaggio prescrittivo, le risposte di Gentili risultano progressivamente affinate nel corso del lavoro.

Al proposito è d’uopo focalizzare l’attenzione sull’ultimo saggio del volume, dedicato a “Retorica e teoria della prova nel processo civile”, ove i temi trattati in alcuni dei saggi precedenti sono per così dire ricapitolati dall’Autore, e messi a confronto con le soluzioni offerte dalla moderna epistemologia.

In tal senso, ad esempio, l’approccio di tipo ragionevole trova conferme plausibili nella teoria popperiana del *trial and error*, secondo cui con attenzione alla funzione argomentativa «sono gli argomenti pro e contro che razionalizzano i problemi; alla cui soluzione razionale si perviene,

tanto che si tratti delle scienze, come delle discipline umanistiche, per congetture e confutazioni»[4].

Anche tale impostazione, dunque, pur respingendo la possibilità della dimostrazione «non nega né l'oggettività dei contenuti del pensiero, anche falsi, resa possibile dal linguaggio, né soprattutto la validità, tra le funzioni superiori del linguaggio, accanto alla descrittiva, della funzione argomentativa»[5].

In tal modo, il cerchio pare chiudersi e proprio l'argomentazione diviene a pieno titolo "capace di razionalità".

Anche qui, infatti, il progressivo affinamento del pensiero dell'Autore induce a integrare la tesi di un argomentare connotato dal potere di persuasione e convinzione (secondo la lezione di Perelman), i cui tratti sono comunque finemente disegnati con attenzione al lavoro dei giudici e degli avvocati.

E in effetti, il contatto con il diverso angolo visuale delle prove induce a scorgere nella perelmaniana nuova retorica i limiti di una concezione troppo orientata in senso psicologistico.

Accantonati allora gli approcci argomentativi incentrati sul criterio di congruenza, o sulla presunta constatabilità dei dati di fatto, si finisce per ricorrere alla necessità di una plausibile motivazione, onde offrire quei buoni argomenti che sono in grado di supportare la forza della ragione pratica.

Un'ultima parola voglio dire sulla concezione della legalità, altro tema che finisce per attraversare l'intera trattazione, e che mi pare caratterizzare la concezione di Gentili rispetto a quella di altri Autori direttamente ispirati alla lezione analitica.

E il pensiero va, ad esempio, al saggio dal titolo "A proposito di *La politica della legalità*, di Claudio Luzzati", ove il confronto verte in particolare sul ruolo giocato dalla razionalità in relazione alla legalità.

Qui Gentili pare senz'altro condividere il metodo del rigore, così come l'avvento del modello critico proposto da Luzzati, ma prende le distanze da una sua riconduzione ad una idea onnicomprensiva della legalità, ove essa sia esclusivamente identificabile con la legge dello Stato, tenuto conto oltretutto che, nei casi di equivalenza tra diverse soluzioni tutte giustificabili e controllabili, esisterebbe pur sempre un margine destinato ad essere riempito dalla creatività dell'interprete.

In ultima analisi quel che si constata e forse si auspica, è "l'apertura del diritto oltre il fatto del legislatore", avendo presenti i mutamenti intervenuti, anche a livello di fonti, nell'attuale mondo globalizzato (e a darne conferma stanno, tra l'altro, le tante Carte dei diritti destinate quanto meno a rendere meno monolitica la politica della legge).

4 Cfr. *Retorica e teoria della prova nel processo civile*, A. GENTILI, *op. cit.*, p. 574.

5 Cfr. *Retorica e teoria della prova nel processo civile*, A. GENTILI, *op. cit.*, p. 573.

Per altro verso il rifiuto di una idea del diritto esclusivamente incentrata sul pensiero del legislatore, sembra andare di pari passo con una riflessione sulla sovranità, riflessione che porta l'Autore a prendere le distanze da un'intera epoca storica in cui «la separazione spaziale poteva consentire ordinamenti separati, frutto di scelte separate, in cui un sovrano, disponendo di fatto della forza esercitava irresistibile il proprio potere»[6].

Qui e ora, nell'era del diritto globale, è d'uopo constatare l'irrompere di nuovi eventi, che inducono a credere non più a un diritto basato sulla sovranità, bensì ad una sovranità basata sul diritto.

Quest'ultimo rappresenta uno snodo rilevante del pensiero di Gentili.

Per lui, infatti, se il diritto è destinato ad assumere caratteri di universalità, universalità non può significare «l'utopia di un diritto cosmopolita unico e totale». Essa significa, piuttosto, «nelle differenze, tenuta assiologica delle idee che sono la forza logica delle norme di ciascun ordinamento, nel confronto con le altre che concorrono con esse»[7]. È probabilmente questo, si aggiunge, il senso della interlegalità.

Si tratta, ancora una volta, di affermazioni che rilanciano proprio quell'idea di un diritto come discorso – un discorso sui discorsi dei molti legislatori che regolano un mondo globalizzato – che presuppone la credenza nella teoria dell'argomentazione e nei criteri per testarne la validità.

Il discorso a cui allude Gentili, è allora quello «in cui vanno considerate le ragioni di tutti, [...] e in cui la forza sia solo l'estremo strumento che si giustifica contro chi non può offrire ragioni per i danni che vuole infliggere ad altri»[8].

3 Il diritto *amministrativo* come discorso

Ed è a partire da questi concetti che vorrei ora svolgere qualche riflessione – come mi sono ripromesso all'inizio – sulla cultura del diritto amministrativo, chiedendomi innanzitutto se l'idea di un diritto come discorso, che valorizzi l'uso delle tecniche argomentative, possa essere considerato quale connotato identificativo della stessa.

E poi ancora se il passaggio da una concezione incentrata su una nozione tradizionale di sovranità e sulla centralità riconosciuta alla legge dello Stato, ad un'altra che dà maggiore importanza al ruolo, per così dire composito del diritto, possa finalmente dirsi compiuto.

La prima questione attiene, com'è ovvio, al tema del metodo, spesso evocato negli ultimi tempi per mettere in discussione e contestare i capisaldi del positivismo giuridico.

6 Cfr. *La sovranità nei sistemi giuridici aperti,* A. GENTILI, *op. cit.*, p. 124.

7 *Ibidem.*

8 Cfr. *La sovranità nei sistemi giuridici aperti,* A. GENTILI, *op. cit.*, p. 126.

In tal senso ci si richiama all'esistenza di valori condivisi, al fine di rappresentare le ragioni di fondo di un anti-positivismo ben visibile nello studio di temi tradizionali, come quello dell'invalidità, o più recenti come quello dell'amministrazione di risultato.

Vero è che specie negli ultimi tempi il dibattito ha subito una sorta di radicalizzazione, tra i fautori di un formalismo pratico attento a difendere una strategia universalistica delle regole[9], e i cultori di una prospettiva decisionistica propensa piuttosto a mettere al centro la giustizia del caso singolo, talora andando forse al di là degli stessi valori della Carta Costituzionale[10].

Nella prima direzione si è sposata un'idea del linguaggio e delle regole, che tiene distinto il fenomeno del seguire una regola da quello della sua interpretazione, respingendosi una visione scettica di quest'ultima (evidentemente nel presupposto dell'esistenza di un nucleo di regole condivise, chiare e determinate).

Va da sé come, secondo tale concezione, il ruolo del contesto, pur non negato, finisce per assumere una funzione secondaria, mentre si evita di giustificare una determinata asserzione legale ricorrendo ad argomenti tipici, quali quelli che comunemente vengono definiti metodi e argomenti interpretativi.

Tale impostazione, ponendosi a livello di teoria generale, ha fornito a mio avviso solide motivazioni a tutta una serie di orientamenti della dogmatica fioriti specie negli ultimi tempi.

E penso, ad esempio, a talune soluzioni da parte della cosiddetta scuola fiorentina, in ordine a tematiche cruciali quali quelle della irregolarità o dei vizi formali, o alla stessa riscrittura del sistema amministrativo nel suo complesso, ove la rigida contrapposizione tra zona della vincolatezza e zona della discrezionalità, finisce per sminuire in concreto quel ruolo di mediazione dell'interprete che non potrebbe essergli negato.

Si tratta di indirizzi e orientamenti favorevoli a concettualizzare la predeterminazione dell'attività, per il tramite di schemi che, nell'intento di definire astrattamente il meccanismo di produzione degli effetti giuridici anche per il tramite della logica della fattispecie, hanno finito per svalutare

9 In tal senso, vedi esemplificativamente, S. Civitarese Matteucci, *La forma presa sul serio*, Torino, 2006.

10 Sulla problematicità della nozione di Amministrazione di risultato cfr. L. Iannotta, *La considerazione del risultato nel giudizio amministrativo: dall'interesse legittimo al buon diritto*, *Dir. proc. amm.*, 1998, p. 299 ss.; L. Iannotta, *Costruzione del "futuro" delle decisioni e Giustizia nell'Amministrazione di risultato*, in *Economia, diritto e politica nell'amministrazione di risultato*, a cura di L. Iannotta, Torino, 2003, p. 3 ss.; A. Romano Tassone, *Sulla formula Amministrazione di Risultato*, in *Scritti in onore di Elio Casetta*, Napoli 2001, p. 813 ss.; R. Ferrara, *Introduzione al diritto amministrativo*, Roma-Bari, 2003; M. R. Spasiano, *Funzione amministrativa e legalità di risultato*, Torino, 2003, *passim*. Più di recente, vedi M. Gioiosa, *Amministrazione di risultato e tutela giurisdizionale,* Napoli, 2012.

il momento della decisione per il caso concreto, e dunque il condizionamento operato dai valori in sede di *applicatio*.

Nella seconda direzione, quella che come si è detto vorrebbe contrapporre ad una strategia universalistica delle regole, la giustizia del caso singolo, si è finiti per andare oltre misura, tutte le volte almeno in cui è prevalso lo spirito di una polemica anti-formalistica, slegata dal concreto contesto discorsivo entro cui dovrebbe comunque sempre collocarsi qualsiasi scelta interpretativa.

Da tale punto di vista, allora, mi pare che il dibattito innescato dalla lezione di Aurelio Gentili, potrà avere una sua risonanza anche presso la cultura del diritto amministrativo, ove si provi a pensare in modo non astratto a quella tematica del ragionamento giuridico, spesso pretermessa nelle discussioni correnti della dottrina.

E qui, devo dire, il segnale di qualche risveglio pare provenire da quei settori intenti ad enfatizzare il ruolo svolto dai principi specie in costanza dell'attuale disordine normativo.

In effetti gli approdi ultimi della riflessione su temi quale quello della ragionevolezza e della proporzionalità, testimoniano – penso ad alcuni saggi recentissimi di Fabio Merusi – la consapevolezza della necessità di andar oltre la logica meccanicistica di un potere vincolato fin troppo artificiosamente onnicomprensivo, per dar conto della logica opaca delle valutazioni tecniche e del potere discrezionale[11].

L'altra questione evocata dal libro di Gentili è quella del rapporto tra legge e diritto.

Anche qui va registrata la presenza di un dibattito che negli ultimi tempi è parso optare per una radicalizzazione della problematica.

Ne sono un sintomo il frequente richiamo, quasi ossessivo, ai contenuti sostanziali di una legalità, che peraltro non potrebbe svolgere un ruolo davvero garantistico senza tener conto della necessità di rispettare non solo la legge ma anche i principi privi di espressa previsione legislativa o integrativi dell'enunciazione legislativa.

Anche qui il libro di Gentili mi pare debba indurre a riflettere.

Il primato del diritto sulla legge dovrà tornare, o prima o poi, a farsi valere, e le Corti, nazionali o sovranazionali, a riaffermare il valore universale della libertà in funzione di argine all'eventuale tirannia della maggioranza.

11 V. in tal senso, F. MERUSI, *La legalità amministrativa. Altri sentieri interrotti,* Bologna, 2012, in partic. p. 63 ss.

Ricerche giuridiche [online] ISSN 2281-6100
Vol. 4 – Num. 1 – Giugno 2015 – Supplemento

Il diritto come discorso?

Andrea Belvedere
(Professore emerito di Diritto Civile nell'Università degli Studi di Pavia)

1 Dalle fonti al diritto: il ruolo reciproco di legislatore e interprete

Prima di entrare nel merito della discussione desidero ringraziare gli organizzatori di questo incontro per avermi invitato; ciò mi consente di discutere del libro di Aurelio Gentili, e anche in questo modo esprimergli il mio ringraziamento per avermi inviato il volume, con una affettuosa dedica, all'indomani della sua pubblicazione. Gentili è uno studioso capace di trattare, con uguale competenza, i temi della teoria generale del diritto e quelli più propri della civilistica (simulazione, validità, fiducia, risoluzione e così via), ed è inoltre un importante avvocato; è quindi un giurista a tuttotondo, come, del resto, dal libro si capisce benissimo.

Intitolando il libro *Il diritto come discorso*, sicuramente l'Autore non intendeva banalmente dire che il diritto è oggetto di discorsi, o che può costituire oggetto di un discorso; forse ci si avvicina un po' di più al significato del titolo se si pensa al diritto come al risultato, l'esito di un discorso, ma solo con l'avvertenza di notare che il discorso giuridico è per Gentili un discorso che non può mai raggiungere la sicurezza, la stabilità, la generalità, di un risultato definitivo. Può quindi considerarsi un discorso "aperto", cioè passibile di molteplici esiti[1].

Il discorso di cui parla Gentili è un discorso valutativo che formula *regulae iuris* sulla base di interessi e di valori che propone e difende, e di cui persegue anche una condivisione, non attraverso una persuasione emotiva

1 Ma non di qualsiasi esito; cfr. quanto dice, a proposito dei testi, U. ECO, *I limiti della interpretazione*, Milano, 1990, p. 107. Qui si sta parlando non di un testo da interpretare, ma di un discorso interpretativo-argomentativo, tuttavia è chiaro che l'"apertura" di un simile discorso è strettamente correlata a quella dei testi (o discorsi) che ne costituiscono l'oggetto.

o retorica[2], ma in base ad un convincimento razionale[3]. Le regole di diritto così prodotte rappresentano una realtà mutevole nel tempo e nella varietà dei casi cui vengono riferite, e mai acquisite definitivamente: ecco perché i risultati via via raggiunti non hanno in fondo un rilievo maggiore rispetto alle modalità del discorso che le ha formulate.

Ovviamente la prima spontanea domanda è: discorso di chi? Parlando dell'abuso del diritto[4], l'Autore distingue il discorso del legislatore «dal discorso – meta discorso – dell'interprete sul discorso del legislatore», ma dalla lettura dell'intero libro risulta evidente che il discorso cui il libro stesso è dedicato è il discorso dell'interprete, perché è solo l'interprete, lo dice più volte l'Autore, che formula le norme. Il legislatore produce solo testi normativi, cioè enuncia solo disposizioni. E le disposizioni, dice l'Autore quando parla delle consuetudini[5], non sono ancora diritto, sono *fonti*.

La nozione di *fonte* è assai importante nel pensiero dell'Autore, che infatti le dedica la prima parte del libro (intitolata alla *Argomentazione e teoria delle fonti*), ma si può legittimamente dubitare della compatibilità di questa tradizionale terminologia con i contenuti innovativi del pensiero dell'Autore. Gli interrogativi che mi pongo sono questi: fonti di che cosa, dal momento che le norme sono il «frutto della argomentazione e del discorso dell'interprete», e che dal fatto (qui costituito da un testo legislativo) «*non oritur jus*»[6] ? E se, come è evidente, le disposizioni non sono fonti di norme, è ancora opportuno utilizzare tale tradizionale nozione mutandone il contenuto?[7].

L'idea del "diritto come discorso" fa sorgere una ulteriore domanda: discorso di un interprete o degli interpreti? A me sembra che per dare a questo discorso produttivo di norme quel ruolo primario che l'Autore gli riconosce, sarebbe necessario considerarlo – in modo più esplicito di quanto nel libro non si faccia – in una dimensione collettiva, con le conseguenti difficoltà di gestione delle possibili (ed anzi probabili) divergenze

2 Cfr. il riferimento critico a Perelman, in *Retorica e teorie della prova nel processo civile*, A. Gentili, *Il diritto come discorso*, Milano, 2013, p. 580. [Anche nel prosieguo delle note le citazioni dei saggi di Aurelio Gentili faranno riferimento alla loro collocazione nel volume sopra citato].

3 La razionalità (riferita ad un certo contesto) costituisce allo stesso tempo un requisito per la condivisione e un limite per la "apertura" del discorso (v. *supra*, nt. 1).

4 *L'abuso del diritto come argomento*, A. Gentili, *op. cit.*, p. 454.

5 *La consuetudine nel diritto civile, dall'opinio juris all'electio juris*, A. Gentili, *op. cit.*, p. 72 ss., aggiungendo che le norme «sono piuttosto il frutto dell'argomentazione e del discorso dell'interprete».

6 *La consuetudine nel diritto civile, dall'opinio juris all'electio juris*, A. Gentili, *op. cit.*, p. 72 ss.

7 Dirò più avanti come Gentili continui ad utilizzare la tradizionale nozione di fonte (di norme) con riferimento, però, alla argomentazione.

tra le opinioni dei vari interpreti, al fine di potere comunque arrivare a soluzioni ragionevolmente condivise e consolidate (senza le quali non è pensabile alcuna supremazia).

Gentili non sembra però avvertire con grande intensità questa esigenza, dal momento che afferma che «le norme, che uniche compongono il diritto, derivano dalla interpretazione, libera, mutevole e discorde»[8]. Il contrasto con una prospettiva collettiva della interpretazione è manifestato dall'aggettivo *discorde*, che evidentemente evoca un panorama giuridico caratterizzato da regole valevoli per il singolo caso sottoposto (in un dato momento) alla decisione di *quel* giudice o al parere di *quello* studioso, panorama in cui molto limitate si presentano le possibilità di previsione[9].

A differenza della *discordanza*, che esprime il rapporto tra le interpretazioni dei diversi interpreti, la *libertà*, come la *mutevolezza*[10], può riguardare anche la dimensione collettiva della interpretazione, nel senso che potrebbe essere riferita anche ad una interpretazione diffusa e condivisa tra gli interpreti; in questa prospettiva si potrebbe cogliere nelle parole di Gentili l'eco di un *Juristenrecht* contrapposto al diritto del legislatore, alla legge.

L'Autore comunque rifiuta l'idea di una «mera discrezionalità del giudice» nei giudizi sia di fatto che di diritto, criticando l'impostazione delle «correnti giusrealiste» e di «quelle del c.d. diritto libero»[11], ma, con riferimento ai giudici e, più in generale, anche agli altri interpreti, è evidente che la *libertà* nella formulazione delle norme non può avere altro riferimento antagonistico che le *fonti,* e quindi, consuetudine a parte, la legge. Si arriva così al cuore della concezione che Gentili ha del diritto: il ruolo reciproco di legislatore ed interprete.

Al riguardo, si può notare, nei vari saggi raccolti nel volume, qualche oscillazione di giudizio; ad es. in un passo[12] si parla di una «correzione del dettato legale» da parte degli interpreti, e il termine *correzione* potrebbe far pensare ad un ruolo accessorio di costoro. Tuttavia poche righe sopra[13] l'Autore esplicitamente afferma che «tocca all'interprete non solo *jus di-*

8 *Teoria del diritto e tecnica dell'argomentazione forense*, A. Gentili, *op. cit.*, p. 507.

9 Si noti che lo stesso Gentili, in *Retorica e teorie della prova nel processo civile*, A. Gentili, *op. cit.*, p. 576, considera la «predeterminazione» una caratteristica essenziale di un ordinamento giuridico (v. anche più avanti).

10 Della triade di aggettivi sopra riportata, presenta le minori difficoltà quello che esprime la mutevolezza della interpretazione, dal momento che è sicuramente più accettabile (ed anzi condivisibile) l'idea di regole giuridiche espresse in sintonia con l'evolversi nel tempo delle situazioni ed esigenze sociali, cui le norme giuridiche devono adeguarsi.

11 *Retorica e teorie della prova nel processo civile*, A. Gentili, *op. cit.*, p. 576.

12 *L'abuso del diritto come argomento*, A. Gentili, *op. cit.*, p. 470.

13 *L'abuso del diritto come argomento*, A. Gentili, *op. cit.*, p. 469.

cere, ma *jus condere*», attribuendo così all'interprete un ruolo centrale e primario, ripudiando ogni idea di supremazia dell'attività del legislatore rispetto alla attività argomentativa dell'interprete.

Altrove[14], l'Autore afferma che il «concorso» di queste due attività «è per lo meno paritario», ma in realtà non si accontenta di questo, e poche righe dopo ribadisce che «la scelta della norma, a partire dal testo della disposizione, appartiene all'interprete». *Scelta* è un termine impegnativo, che in un certo senso mette in ombra il «testo della disposizione», dal quale comunque l'interprete dovrebbe «partire»; ancor più esplicitamente, l'Autore aggiunge che è «del tutto contestabile che la norma derivi realmente dalla fonte»[15].

In questo modo è evidente che viene meno anche l'idea di un «concorso paritario»[16] tra legislatore ed interprete; l'Autore non solo riconosce alla argomentazione qualità di «fonte»[17], ma le attribuisce una posizione di «supremazia»[18].

C'è da chiedersi tuttavia se si possa parlare di una «gerarchia delle fonti»[19] che comprenda sia l'argomentazione, che nel pensiero dell'Autore è fonte di *norme*, sia quelle fonti che l'Autore chiama «formali»[20] – *in primis* la legge – che sono invece, sempre secondo l'Autore, fonti di *disposizioni*[21]. E parimenti ci si può chiedere quale sia il ruolo (secondario, residuale, marginalizzato) che l'Autore riserva alle fonti formali, cioè, semplificando e banalizzando, alla legge.

Quando non ci si limita a dire «che l'argomentazione concorre, tanto nel momento della statuizione e quindi per la creazione del diritto oggettivo, quanto nel momento della decisione e quindi per la creazione di diritto soggettivo, con quei procedimenti di produzione normativa che chiamiamo fonti in senso formale», perché ciò «significherebbe presupporre tuttora il ruolo fondamentale e primario» di questi procedimenti[22], si aprono due strade. O si intende (rovesciando le posizioni) attribuire a questi procedimenti un ruolo solo accessorio e secondario (ma allora occorre indicare in cosa questo ruolo consiste, in che modo e misura le disposizioni legislative

14 *L'argomentazione nel sistema delle fonti*, A. Gentili, *op. cit.*, p. 17.

15 *L'argomentazione nel sistema delle fonti*, A. Gentili, *op. cit.*, p. 18.

16 *L'argomentazione nel sistema delle fonti*, A. Gentili, *op. cit.*, p. 22

17 *L'argomentazione nel sistema delle fonti*, A. Gentili, *op. cit.*, p. 21 ss.

18 *L'argomentazione nel sistema delle fonti*, A. Gentili, *op. cit.*, p. 23.

19 *Ibidem*.

20 *L'argomentazione nel sistema delle fonti*, A. Gentili, *op. cit.*, p. 22 ss.

21 Cfr. *supra*, nt. 3 e 5.

22 *L'argomentazione nel sistema delle fonti*, A. Gentili, *op. cit.*, p. 22.

possono costituire materiale utile per la elaborazione degli interpreti), oppure si intende negare un qualsivoglia loro ruolo.

Questa seconda alternativa mi sembra francamente non attendibile perché contraria alla esperienza comune e quotidiana. Esperienza che, in verità, fa dubitare anche che si possa negare al legislatore un ruolo primario, almeno nel senso della iniziativa che il legislatore può avere nella decisione di disciplinare determinati rapporti, e di disciplinarli secondo certe direttive, per quanto generiche e lacunose queste possano essere.

Se, sul piano della politica del diritto, simili iniziative non fossero possibili, ed anzi necessarie, non si giustificherebbero le aspettative e le richieste che il corpo sociale esprime oggi per determinati interventi legislativi, ad es. per le coppie omosessuali o per l'attribuzione ai figli (anche) del cognome della madre; né, prima del 1970, si riusciva "argomentativamente" a sciogliere un matrimonio. E a livello costituzionale[23], a fronte dell'ultimo comma dell'art. 27, chi riuscirebbe ad "argomentare" a favore della legittimità costituzionale di una legge che introducesse la pena di morte ?

In conclusione, a questo innegabile e molto concreto ruolo della legge si deve fare corrispondere un adeguato inquadramento teorico, che, a mio parere non può che essere quello che individua un *discorso* (del legislatore) e un *metadiscorso* (dell'interprete). Questa impostazione è ben nota a Gentili[24], il quale tuttavia non la fa propria[25], in quanto incompatibile con la affermata "supremazia" dell' argomentazione[26].

Continuando nello stesso ordine di considerazioni, ci si può chiedere "cosa sia" per Gentili l'"ordinamento giuridico". Certamente (ma non solo per lui) non un polveroso deposito di disposizioni di legge, ma un insieme di norme, dal suo punto di vista elaborate dagli interpreti. Ma quali sono le sue caratteristiche ?

A giudizio di Gentili non può essere un sistema organico e coeso, ma solo un sistema «eternamente *in fieri*», in quanto continuamente reinterpretato e ricreato dagli interpreti[27]. E ciò è perfettamente coerente con la sua concezione dei rapporti tra legislatore ed interpreti (anche se si può osservare che pure il legislatore potrebbe contribuire a questa continua creazione, se si attribuisse una qualche rilevanza alle sue disposizioni).

Altrove però l'Autore afferma che l'ordinamento ha «caratteristiche di

23 *L'argomentazione nel sistema delle fonti*, A. Gentili, *op. cit.*, p. 23 ss., nega il carattere positivo dell'ordinamento a partire del suo fondamento costituzionale.

24 V. *L'abuso del diritto come argomento*, A. Gentili, *op. cit.*, p. 454.

25 Se l'interprete non ricava le norme dalla fonte legislativa (v. *supra*, nt. 15), il discorso dell'interprete non ha per oggetto il discorso del legislatore, ma rispetto a questo è un discorso "parallelo".

26 V. *supra*, nt. 18.

27 *L'argomentazione nel sistema delle fonti*, A. Gentili, *op. cit.,* p. 21 e nt. 26.

oggettività e predeterminazione, che sono essenziali a renderlo efficiente come tecnica di organizzazione sociale»[28]. Ed è lecito chiedersi in che misura oggettività e, soprattutto, predeterminazione possano essere caratteristiche di un ordinamento «eternamente in *fieri*»; un ordinamento che, per giunta, è totalmente fondato sulla argomentazione degli interpreti, avendo perso ogni ruolo le disposizioni delle fonti, e (come abbiamo già visto) derivando «le norme, che uniche compongono il diritto» da una «interpretazione, libera, mutevole e discorde»[29].

Appare evidente, allora, che anche in relazione ad una accettabile e coerente nozione di ordinamento giuridico, le tesi del diritto come pura argomentazione richiederebbero qualche correzione o attenuazione.

2 I vincoli all'argomentazione imposti dalle leggi sull'interpretazione

Nel quadro generale dei suoi scritti sulla argomentazione Gentili non poteva non trattare specificamente il tema della interpretazione dei testi legislativi, in diverse e originali prospettive. Prima di esaminarne qualcuna, tuttavia, avanzo il dubbio che non sia davvero facile utilizzare la nozione di *interpretazione* (della legge) se non si riconosce che ogni discorso interpretativo è per sua natura un *metadiscorso*, e che tale pertanto è anche il discorso dei giuristi (quando interpretano un testo di legge); questo discorso ha quindi ad oggetto il discorso della legge (e ne è conseguentemente condizionato); abbiamo invece visto che in proposito diversa è l'opinione dell'Autore.

Comunque sia, Gentili rivolge innanzitutto la sua attenzione alla funzione delle disposizioni legislative che regolano la interpretazione della legge stessa, esprimendo la convinzione[30] che il legislatore riesca ad esercitare un'influenza sulla produzione di norme (da parte degli interpreti) solo disciplinando i criteri di interpretazione della legge, potendo in questo modo limitare la discrezionalità degli interpreti con maggiore efficacia rispetto all'adozione da parte sua di un linguaggio più rigoroso, con cui formulare enunciati che individuino con completezza e precisione sia le fattispecie che i loro effetti[31].

28 *Retorica e teorie della prova nel processo civile*, A. Gentili, *op. cit.*, p. 576. La esigenza di "efficienza" viene posta dall'Autore anche in relazione alla affermata ininterrotta creazione dell'ordinamento da parte degli interpreti (v. *supra*, nota 27).

29 *Teoria del diritto e tecnica dell'argomentazione forense*, A. Gentili, *op. cit.*, p. 507.

30 *L'argomentazione nel sistema delle fonti*, A. Gentili, *op. cit.*, p. 13 ss.

31 *L'argomentazione nel sistema delle fonti*, A. Gentili, *op. cit.*, p. 19 ss.

Nell'ottica di ritenere vani gli sforzi del legislatore di indirizzare l'interpretazione delle sue disposizioni va anche segnalata la svalutazione, da parte dell'Autore, dello strumento (in verità non molto usato) della interpretazione c.d. *autentica*; a suo parere, questa si risolve in una «giustapposizione di nuovi enunciati ai vecchi»[32], nuovi enunciati a loro volta bisognosi di interpretazione.

È la stessa critica che spesso si fa alle definizioni legislative, quando si dice che resta soggetto ad interpretazione l'enunciato che costituisce il c.d. *definiens*. L'unica differenza è che nella interpretazione autentica si sostituisce un enunciato ad un altro, mentre nelle definizioni legislative si formula un enunciato per spiegare il significato di una parola (il c.d. *definiendum*).

Ma è una critica che non tiene conto delle qualità del nuovo enunciato, comunque diverso dal primo, e, se più chiaro di quello interpretato, in grado di favorirne la comprensione (o, nelle definizioni, di risolvere, o almeno ridurre i dubbi sul significato del *definiendum*). D'altra parte, a ben vedere, anche l'attività argomentativa degli interpreti, la produzione di *norme* da parte loro, si traduce nella formulazione di nuovi enunciati, passibili di interpretazione, ma non per questo inutili.

Al ragionamento di Gentili, relativo alle disposizioni legislative che regolano la interpretazione della legge, si possono opporre tre obiezioni. Innanzitutto che anche le disposizioni legislative in materia di interpretazione sarebbero, dal suo punto di vista, in balia degli interpreti, come ogni altra disposizione di legge, e quindi la loro efficacia potrebbe essere molto relativa.

In secondo luogo si può obiettare che norme sulla interpretazione e regole di *drafting* operano su differenti piani. La presenza delle prime di per sé limita la discrezionalità degli interpreti solo in generale: il legislatore difende il proprio ruolo nei confronti degli interpreti, in via preventiva e senza nessun specifico riferimento a questa o a quella disposizione. Invece, curando il rigore del proprio linguaggio, il legislatore è in grado di modellare i vincoli che intende imporre agli interpreti sulle esigenze da lui stesso ravvisate a proposito della singola disposizione.

Infine si deve constatare che questa opinione di Gentili a proposito delle disposizioni di legge in tema di interpretazione non trova riscontro nella sua analisi dell'art. 12 prel., di cui l'Autore ridimensiona moltissimo il ruolo, addirittura ribaltandolo, e vedendo in esso soprattutto la fonte di vincoli per lo stesso legislatore, almeno per quanto riguarda il riferimento, in esso contenuto, al "significato proprio delle parole".

Se non interpreto male il suo pensiero, per Gentili "il significato proprio delle parole" corrisponde ai «nuclei semantici» propri del linguaggio or-

32 *L'argomentazione nel sistema delle fonti*, A. Gentili, *op. cit.*, p. 13.

dinario, che «sono insensibili all'arbitrio legislativo»; e dal momento che il legislatore «si serve del linguaggio ordinario»[33], a tali significati resta vincolato: «il legislatore è onnipotente ma il vocabolario di più»[34]. Più onnipotente del vocabolario (postillo criticamente io) sarebbe invece l'interprete «al quale appartiene anzitutto di stabilire quale sia il significato proprio delle parole»[35] ?

In ogni caso va ribadito che il monito dell'art. 12 (di non doversi, «nell'applicare la legge», ad essa attribuire «altro senso» che quello fatto palese dal significato proprio delle parole secondo la connessione di esse), è innanzitutto rivolto agli interpreti[36], sia pure nel tacito presupposto che lo stesso legislatore tale significato abbia rispettato, dal momento che non può non esserci corrispondenza tra codici di lettura e codici di scrittura[37]. Solo tenendo conto di questo presupposto, e cioè della specularità di cui sopra, si può ritenere che l'art. 12 indichi dei limiti *anche* per il legislatore. Limiti, si intende, di mera opportunità, e non certo linguistici o giuridici, restando libero il legislatore di usare un vocabolo in modo di-

33 Non intendo in questa sede discutere se il linguaggio giuridico – *in primis* quello del legislatore – corrisponda al linguaggio ordinario (comune), o sia un linguaggio "specialistico", o, ancora (come io credo sia preferibile dire) un linguaggio "settoriale". Su questo tema – oggetto di attenzione e di numerosi studi da parte dei linguisti – mi permetto di rinviare alla mia voce: A. Belvedere, *Linguaggio giuridico*, in *Dig. Disc. Priv., sez. civ., Aggiornamento*, Torino, 2000, par. 2. Qui osservo soltanto che l'uso di una lingua naturale (ad es. l'italiano) da parte del legislatore non comporta automaticamente l'adozione di termini (e significati) ascrivibili al linguaggio ordinario; ad es. "abigeato" è una parola italiana che non appartiene, però, al linguaggio ordinario (o comune), e la determinazione del suo significato è di stretta competenza del legislatore. E anche quando il legislatore fa uso di un termine che appartiene al linguaggio comune, non è detto che non possa alterarne il significato, in ragione appunto di quel determinato uso o di quel particolare ambito di applicazione. Così nel Codice del Consumo (art. 3) al termine "professionista" viene attribuito un significato più vasto di quello ordinario («Chi esercita una professione intellettuale, liberale, o comunque un'attività per cui occorre un titolo di studio qualificato»): v. il *Dizionario della lingua italiana* Sabatini-Coletti, 2006, alla corrispondente voce. Che il legislatore non sia vincolato dai significati ordinari è dimostrato anche dal fatto che talora egli si affida ai (differenti) significati di altri linguaggi tecnici: si pensi al termine "tomba" nell'art. 1040 c. c..

34 *I concetti nel diritto privato europeo*, p. 255 ss. Ma talora è il vocabolario ad adeguarsi alle definizioni del legislatore (v. la voce "contratto" del *Vocabolario della lingua italiana* Zingarelli, 1990), e talora invece formula sue proprie definizioni troppo generiche per essere utilizzate dai giuristi: v. ad es. quella di "contratto" del *Dizionario* Sabatini Coletti, *cit.*, che potrebbe comprendere anche il matrimonio ed invece escludere i contratti con più di due parti («accordo che fonda un rapporto giuridico tra due parti»).

35 *L'argomentazione nel sistema delle fonti*, A. Gentili, *op. cit.*, p. 14 ss.

36 Lo riconosce lo stesso Gentili quando afferma che con l'art. 12 il legislatore mira ad «esercitare un' influenza sulla produzione di norme a partire dalle disposizioni», in *L'argomentazione nel sistema delle fonti*, A. Gentili, *op. cit.*, p. 14, nt. 18).

37 Mi permetto di rinviare al mio contributo: A. Belvedere, *I poteri semiotici del legislatore*, in *Scritti per Uberto Scarpelli,* a cura di L. Gianformaggio e M. Jori, Milano, 1998, p. 90.

verso dall'usuale, con il conseguente rischio della incomprensione o della confusione. Rischio, quest'ultimo, che il legislatore (se consapevole della particolarità della scelta linguistica fatta) potrà diminuire od evitare con una definizione[38].

E comunque va tenuto ben presente che le parole il legislatore se le sceglie lui, mentre l'interprete deve invece confrontarsi con parole altrui.

Un'ultima considerazione sul riferimento contenuto nell'art. 12, al "significato proprio delle parole": l'Autore dice[39] che il legislatore con tale articolo può soltanto escludere i significati assolutamente incompatibili col significato proprio delle parole, ma non può imporre un determinato significato. Sicuramente è vero, ma forse, aggiungo, questa non è una critica che si può fare ad una disposizione di carattere generale come l'art. 12: quale significato potrebbe essere imposto, da un'unica disposizione, a tutte le parole con cui sono formulate le varie disposizioni legislative da interpretare? Si potrebbe tutt'al più immaginare di attribuire all'aggettivo "proprio" la funzione di criterio di scelta in positivo tra i significati che è possibile attribuire alle parole, nel senso, ad esempio, di privilegiare i significati tecnico-giuridici rispetto a quelli ordinari[40], ma questo è appunto immaginabile in via astratta e teorica per una disposizione analoga all'art. 12, ma non per l'attuale art. 12, in cui l'aggettivo "proprio" sembra piuttosto un pleonasmo: Gentili lo considera come un sinonimo di "letterale"[41], ma si può andare anche oltre e riconoscere che è solamente il frutto dell'erronea credenza in un significato intrinseco (e quindi insensibile agli usi) delle parole da parte del legislatore del 1942[42]; in quanto privo di fondamento può essere ignorato.

Anche se formulato in negativo l'art. 12 ha una notevole importanza per il suo riferimento al significato delle parole, importanza che risulta evidente se lo si confronta con l'art. 1362 c.c., in materia di interpretazione del contratto: per l'art. 12 il significato delle parole è un limite per l'interpretazione, mentre per l'art 1362 non è tale[43].

A proposito di possibili vincoli derivanti per lo stesso legislatore dall'art. 12, da nessun punto di vista – a pena di cadere in un paradosso – si può individuare un limite per il legislatore nella sua stessa "intenzione",

38 Così come ha fatto nell'art. 3 del Codice del Consumo per il termine "professionista" (v. *supra*, nota 33).

39 *L'argomentazione nel sistema delle fonti*, A. Gentili, *op. cit.*, p. 14.

40 Ipotizza (criticamente) una simile soluzione R. Guastini, *Le fonti del diritto e l'interpretazione*, in *Trattato Iudica-Zatti*, Milano, 1993, p. 393.; dello stesso A., v. anche R. Guastini, *Interpretare e argomentare,* in *Trattato Cicu-Messineo*, Milano 2011, p. 269 ss.

41 *L'argomentazione nel sistema delle fonti*, A. Gentili, *op. cit.*, p. 14.

42 Cfr. R. Guastini, *op. cit.,* p. 393.

43 Dal momento che prescrive di «non limitarsi al senso letterale delle parole».

a cui pure fa riferimento l'art. 12, neppure se la si oggettivizza nella "*ratio legis*"[44]; "intenzione" (comunque intesa) che costituisce invece una restrizione per gli interpreti, perché condiziona le scelte semantiche e sintattiche che essi devono fare nell'ambito del significato delle parole (e delle frasi[45]) che costituiscono il testo legislativo[46].

Gentili tende a negare l'importanza del riferimento dell'art. 12 alla "intenzione del legislatore", che non ritiene corrispondente a qualcosa di «reale»[47], e la sua diffidenza non è priva di ragioni. È notorio infatti che si tratta di una espressione assai criticabile, se presa alla lettera, ed in realtà frutto di una ingenua antropomorfizzazione dei complessi procedimenti di produzione delle disposizioni legislative, con il risultato di attribuire ad un mitico "legislatore" tutta la serie di finalità, motivazioni e valutazioni collettive che stanno dietro alla emanazione di una legge[48].

Tuttavia questo substrato valoriale è tutt'altro che irrilevante, perché il giurista non può prescinderne nell'orientarsi tra le varie soluzioni interpretative compatibili con il significato linguistico del testo della legge. È vero però che nella individuazione della *ratio legis* ampio gioco hanno i giudizi di valore dello stesso interprete, che torna così al centro della scena.

Non viene dunque smentita l'impostazione di Aurelio Gentili, a patto però di riconoscere l'esistenza di "paletti" che segnano i confini entro i quali deve svolgersi l'attività argomentativa del giurista, onde evitare che alla presunta onnipotenza del legislatore si sostituisca una pretesa onnipotenza di coloro che interpretano ed applicano la legge.

Anche l'argomentazione giuridica ha dei limiti, così come l'interpretazione di qualsiasi testo[49], e ne ha, in più, uno suo proprio. A differenza del letterato che può dar sfogo a tutta la sua fantasia creativa e comportarsi come il fanciullo che non ha interesse a far funzionare il giocattolo, ma lo vuole smontare, anche a rischio di renderlo inservibile, il giurista ha il dovere (che potremmo denominare come "civile", o come "politico-costituzionale") di rispettare le scelte di politica del diritto che la società

44 Con uno spostamento, per seguire la terminologia di U. Eco, *op. cit.*, p. 22, dalla *intentio auctoris* alla *intentio operis*. Una concezione estremistica della teoria della argomentazione porterebbe invece a privilegiare la *intentio lectoris*, ed accettare quindi che l'interprete ricostruisca il contenuto delle disposizioni legislative secondo il *proprio* sistema di valori.

45 Non si trascuri che l'art. 12 parla di significato proprio delle parole «secondo la connessione di esse».

46 Rinvio ancora al mio scritto sopra citato: A. Belvedere, *I poteri semiotici del legislatore*, *op. cit.*, p. 96, nt. 52.

47 *L'argomentazione nel sistema delle fonti*, A. Gentili, *op. cit.*, p. 20; a p. 14 l'Autore ne parla come di «un misterioso oggetto».

48 E che ne costituiscono la *ratio*.

49 Di cui si occupa appunto Umberto Eco nell'opera citata (v. *supra*, nt. 1).

esprime attraverso la legittima attività degli organi costituzionalmente deputati alla formulazione delle disposizioni normative, scelte che possono emergere dai testi normativi con maggiore o minore chiarezza, ma che assai raramente sono indecifrabili[50]. Ci deve quindi essere, da parte sua, un serio tentativo di individuare e attribuire a tali disposizioni un senso compiuto e coerente, rifuggendo da ogni aprioristico (e narcisistico) “disfattismo interpretativo”[51].

Ciò premesso potremo poi riconoscere tutte quante le ragioni che si frappongono al pieno raggiungimento di risultati sicuri e che, come Aurelio Gentili ci ha così approfonditamente dimostrato, rendono “aperto” quel discorso in cui noi riteniamo di individuare il diritto.

50 Richiamo qui la distinzione tra *intentio auctoris* e *intentio operis*, ricordata sopra alla nota 44, per chiarire che l’attenzione dell’interprete deve rivolgersi non a ciò che il legislatore intendeva dire, ma a ciò che la legge dice, anche in considerazione del fatto che il contesto (di valori e di esigenze pratiche) in cui è chiamato ad applicare la legge può essere anche molto diverso dal contesto di emanazione della legge.

51 Sarei tentato provocatoriamente di dire che l’atteggiamento psicologico di chi interpreta la legge non dovrebbe essere troppo diverso da quello di chi si accinge alla (solitamente difficile) lettura del libretto di istruzioni di un elettrodomestico o di un *computer*; un atteggiamento cioè costruttivo, interessato non a rilevare con compiacimento tutte le oscurità o contraddizioni del testo, ma a far funzionare l’apparecchiatura.

Ricerche giuridiche [online] ISSN 2281-6100
Vol. 4 – Num. 1 – Giugno 2015 – Supplemento

‘Il Diritto come discorso’
Una riflessione comparativa sullo stile del giurista

Silvia Ferreri
(Professore ordinario di Diritto privato comparato
nell’Università degli Studi di Torino)

1 *Law and literature* nel mondo anglo-americano. La rivincita della retorica

Parto dalla premessa che considero questo lavoro alquanto in controtendenza: in un’epoca in cui contano molto gli *slogans,* le formule ideate dai grandi comunicatori, efficaci da memorizzare, ma scarse di contenuti, il libro di A. Gentili provoca la riflessione, rivaluta il ragionamento.

A prima vista il titolo evoca, di primo acchito, la corrente di pensiero (*Law and Literature*) collegata a «*The Legal Imagination*» di James Boyd White[1], originariamente apparso nel 1973. Un movimento quindi da tempo assestato all’estero.

Si volge inizialmente il pensiero ad un orientamento, diventato popolare più tardi anche in Italia[2], che guarda al diritto da un punto di vista di critica letteraria, di analisi della struttura linguistica, di apprezzamento anche estetico dello stile[3].

Diversi colleghi americani insistono nei loro corsi universitari sulla *dimensione narrativa* del diritto[4], sul ruolo della retorica nella presentazione

1 J. Boyd White, *The Legal Imagination*, Chicago, 1985.

2 F. Di Donato, *La costruzione giudiziaria del fatto. Il ruolo della narrazione nel “processo”,* Milano, 2008.

3 R. A. Posner, *Law and Literature: A Misunderstood Relationship*, Cambridge, 1988; S. Levinson, *The Rhetoric of the Judicial Opinion, in Laws Stories: Narrative and Rhetoric in the Law*, a cura di Peter Brooks e Paul Gewirtz, New Haven, 1996, p. 187.

4 In D. Luban, *Legal Modernism,* Ann Arbor, 1997, «argues that only by weaving together the *broken narrative* and forgotten voices of history’s victims can we come to appreciate the nature of justice in modern society. Calling *a trial the embodiment of the law’s self-criticism*, Luban demonstrates the *centrality of narrative* by analyzing the trial of Martin Luther King,

dei casi, soprattutto sull'addestramento nei corsi per l'attività giudiziale (*advocacy*)[5] a rappresentare gli episodi in modo persuasivo per il giudice e, soprattutto, la giuria[6].

È proprio la presenza della *giuria*, influenzabile e vulnerabile alle rappresentazioni di argomentazioni abili, manipolative, che induce a porre l'attenzione sull'aspetto narrativo-suggestivo dei fatti. Inoltre, anche il giudice riepiloga, prima di rimettere la decisione al verdetto dei laici, i punti salienti, con uno stile differente da quello asettico, impersonale, neutrale dei giudizi di Cassazione (dove i fatti siano, almeno indirettamente, evocati).

Anche là dove la giuria si sia eclissata (come in materie civili in Inghilterra, salvo che per la *law of defamation*), rimane in *common law* uno stile narrativo fatto di rievocazione dell'atmosfera da cui nasce la contesa, di riepilogo degli argomenti delle parti, dei possibili dubbi interpretativi, delle considerazioni sulle conseguenze in casi futuri, ecc.

Uno dei casi decisi da Lord Denning (tra i più citati) suona così: «Broadchalke is one of the most pleasing villages in England. Old Bundy, the defendant, was a farmer there. It was his only asset. His family has been there for generations. But he did a very foolish thing. He mortgaged it to the bank»[7].

Il racconto cattura l'attenzione, come in una narrazione si vorrebbe sapere quali sono gli sviluppi, gli avvenimenti successivi.

Lo stile di Lord Denning è ben noto, anche fuori dall'Inghilterra: è una delle "penne" più agili del *judiciary* inglese, con un tono davvero narrativo, scandito in frasi brevi, incisive, con un gusto letterario, e anche note umoristiche, condivise anche da altri giudici. Ad es., il giudice chiude la propria argomentazione dicendo "spero di non aver detto niente di originale" (Lord Steyn, in *Mannai v. Eagle star,* 1997, HL): «I end this judgment with the words with which in 1903 Sir Leslie Stephen concluded a famous series of lectures: "I hope I have not said anything original"»[8].

the Nuremberg trials, and trial scenes in Homer, Hesiod, and Aeschylus. With these examples, Luban explores several of the tensions that motivate much more contemporary legal theory: order versus justice, obedience versus resistance, statism versus communitarianism» (recensione, 1998: https://www.press.umich.edu/13532/legal_modernism).

5 S. H. Krieger, R. K. Neumann jr., *Essential Lawyering Skills: Interviewing, Counseling, Negotiation, & Persuasive Fact Analysis*, New York, 2003, pp. 137 - 148.

6 N. Pennington, R. Hastie, *A Cognitive Theory of Juror Decision Making: The Story Model*, in *Cardozo L. Rev.*, 13, 1991, p. 519.

7 In *Miller v. Jackson* [1977], QB, 966, episodio conosciuto come "the Cricket Case", Lord Denning introduce la motivazione così: «In summertime village cricket is the delight of everyone. Nearly every village has its own cricket field where the young men play and the old men watch. … They have played these last 70 years. They tend it well. The wicket area is well rolled and mown. … Now after these 70 years a judge of the High Court has ordered that they must not play there any more».

8 *Mannai Investment Co. Ltd* v. *Eagle star Assurance*, online: http://www.publications.parliament.uk/pa/ld199798/ldjudgmt/jd970521/mann01.htm.

Sempre Lord Steyn, nello stesso caso: «*That brings me to the contrary reasoning of the Court of Appeal… I must embark on what Justice Cardozo once described as a gruesome autopsy*».

Per Lord Hoffmann (stesso caso), una certa regola probatoria, la c.d. *parol evidence rule*, lascia perplessi e nelle sue parole: «One is bound to be left with a feeling that something has gone wrong here. *Common sense cannot produce such a result; it must be the result of some rule of law*»[9].

D'altronde la teoria del processo di *common law* dichiara esplicitamente che quanto accertato in un giudizio non riflette necessariamente la "verità naturale": il processo accusatorio, condotto con il metodo "adversary", impone "inherent constraints", vincoli intrinseci, per cui, tra l'altro, «1) evidence is … presented largely by interested persons … not impartial … interested not so much with establishing the whole truth as with winning his case"; "2) a conclusion has to be reached one way or another, even though the evidence may be inadequate"; "3) It has to be reached quickly"»[10].

Le prime pagine del testo che commento possono avvicinarsi alla prospettiva anglo-americana del "diritto come narrazione", alla sottolineatura della componente immaginifica del giudice, nella parte in cui A. Gentili osserva, rispetto al sillogismo giudiziale che: «i fatti della premessa minore … non si lasciano sempre docilmente riconoscere. La sussunzione richiede spesso che non ci si limiti a constatare l'accadimento materiale, ma che *se ne elabori una "natura", che in realtà non ha nulla di naturale*. Solo così il fatto diviene fattispecie, sussumibile sotto l'efficacia di una regola»[11].

A più riprese l'A. si interessa della qualificazione dei fatti, del processo di sussunzione delle circostanze storiche nelle categorie giuridiche: qui si legge il ruolo dell'interprete, l'ineliminabile contributo dell'osservatore che assegna significato a eventi, combina spezzoni della realtà. Un punto di vista simile al realismo giuridico. Osservazione interessante perché evidenzia il ruolo del ragionamento intorno ai fatti: questi non sono immediatamente collegati alla norma, ma letti/vissuti da un soggetto che li incasella nelle categorie che ha davanti a sé, attraverso una ricostruzione

9 Corsivo aggiunto. Testo reperibile online: `http://www.publications.parliament.uk/pa/ld199798/ldjudgmt/jd970521/mann01.htm`. Qui vediamo all'opera quell'atteggiamento "self-deprecating", di auto-ironia che difficilmente è apprezzato da chi non ha familiarità con la letteratura inglese.

10 Con il risultato finale che un osservatore esterno avrebbe l'impressione, di fronte all'accertamento giudiziale, di assistere ad una «historical investigation carried out by untrained investigators required to act upon non-expert sources of information presented by biased protagonists, these untrained investigators being required to reach a decision which will be final and binding, to do so regardless of the adequacy of the evidence and to do so quickly»: P. B. Carter, *Cases and Statutes in Evidence*, Londra, 1981, p. 4.

11 Corsivo aggiunto, A. Gentili, *Il diritto come discorso*, Milano, 2013, p. 7.

delle vicende storiche composte in un racconto, un discorso proposto agli altri concittadini, nella sentenza, nell'arringa, nell'articolo di commento dottrinale.

Trovo consonanza con l'osservazione svolta da Paul Gewirtz sul ragionamento del giudice[12]: «judicial opinions always create "the facts" in the sense that judges always select, out from the profusion of details before them, selected particulars that seem plausible and give an account coherence».

D'altronde i giudici inglesi sono espliciti nel riconoscere un ruolo creativo all'esposizione dei fatti. Nell'autobiografia, *The Family Story* (1981), Lord Denning indica il procedimento che segue nello stendere la motivazione: «I start my judgment with a *prologue* – as the chorus does in one of Shakespeare's plays – to introduce *the story*... I draw the characters as they truly are – using their real names... I *avoid long sentences like the plague*, because they lead to obscurity. It is no good if the [reader] cannot follow them... *I refer sometimes to previous authorities* – I have to do so – because I know that people are prone not to accept my views unless they have support in the books. *But never at much length*. Only a sentence or two. I avoid all reference to pleadings and orders – They are mere lawyer's stuff. They are unintelligible to everyone else. *I finish with a conclusion – an epilogue – again as the chorus does in Shakespeare*. In it I gather the threads together and give the result»[13].

Il ragionamento nell'analisi di Gentili però si allarga. Nelle prime pagine leggiamo: «sicuramente non deduttiva è … non soltanto la sussunzione del fatto, che è piuttosto *costruzione dell'interprete*, ma *soprattutto la fondazione della premessa maggiore* … Quand'anche l'intenzione politica dei redattori del testo … gli sia nota, il giudice spesso non si preoccupa se … l'interpretazione prescelta sia vera, bensì piuttosto se sia giusta. E per la sua giustizia offre *argomenti*»[14].

Dobbiamo ampliare dunque la portata del discorso.

12 P. Gewirtz, *Narrative and Rhetoric in the Law,* in *Law's Stories*, *op. cit.*, p. 11.

13 L. Denning, T*he family story*, Londra, 1981. Corsivo aggiunto.

14 A. Gentili, *op. cit.*, pp. 8 - 9. La citazione è abbreviata di qualche inciso, segnalato dai puntini di sospensione: l'autore predilige uno stile che non potremmo definire di "plain language" secondo i criteri contemporanei che vorrebbero frasi di non più di 35 parole. La scelta stilistica dipende ovviamente dall'uditorio che si intende raggiungere: nel nostro caso, un pubblico universitario che si presume preparato. Cfr. C. Stephens, `http://www.plainlanguagenetwork.org/stephens/`: «Keep sentences under 35 words -- 25 words on average».

2 I limiti dell'interpretazione

Qui ci spostiamo dalla *composizione* dei fatti alla *comprensione* delle regole.

La componente personale, l'elemento umano, interviene anche nella decifrazione delle norme formali, della legge scritta: anche se il legislatore cerca di circoscrivere la discrezione dell'interprete, indicando come procedere all'interpretazione.

L'Autore lo ricorda[15]: attraverso l'art. 12 delle prel. (e l'art. 360 c.p.c.) «si impone per legge la necessità di una motivazione completa e razionale della decisione».

In sostanza tutto quello che può fare il legislatore per vincolare la lettura dei provvedimenti scritti è di chiedere che l'interprete spieghi come ha raggiunto una certa conclusione. Un rimedio di portata limitata, ma di più non si può fare: almeno se si guarda alla realtà con occhi disincantati, abbandonando la metafora del giudice "*bouche de la loi*".

Le alternative sono scarse: produrre regole molto *dettagliate* (ma ciò è controproducente in un mondo assetato di regole, in cui un profluvio di precetti dovrebbe essere prodotto in continuazione) o esprimere in dettaglio *gli intenti* che si perseguono con prologhi sesquipedali come nella normativa di matrice Europea. Non resta che fare affidamento sulla necessità di rispettare la logica nelle deduzioni che si svolgono motivando.

Procediamo nell'esame del rapporto tra argomentazione e fonti del diritto attraverso le tre fasi del "debole, forte, fortissimo"[16]. Secondo un ritmo che pare musicale: i movimenti di una sinfonia.

Farò tre citazioni.

L'A. afferma, rispetto alle *fonti del diritto*, che è «primaria ed originaria la forza produttiva di regole dell'argomentazione e non quella dei procedimenti formali. … A livello macro-sistematico infatti basta ripercorrere la gerarchia delle fonti per cogliere la supremazia dell'argomentazione … indispensabile sia a fissare la competenza della fonte sia a formulare il testo prodotto … [e rispetto alla costituzione, la *Grundnorm* ci riconduce invariabilmente ad argomenti e non a fondamenti]». «Le argomentazioni attraverso le quali si interpreta e si applica il diritto … dimostrano come la logica del discorso giuridico non sia affatto quella della deduzione da principi sicuri, ma quella della controversia», anche se «bisognerebbe rendere in qualche modo ineludibile, quantomeno come obbligo morale e di correttezza, dell'interprete che egli, argomentando, quanto alle scelte interpretative che intende respingere si rappresenti gli argomenti contrari *e indichi specificamente quali ragioni li confutino*, e quanto a quella accolta, mostri passo per passo, nel procedere della tesi, come ciò che se

15 A. Gentili, *op. cit.*, p. 19.

16 A. Gentili, *op. cit.*, parr. 2, 3, 6, Parte I, cap. 1.

ne deriva discenda, senza incongruenze e senza salti, dalle premesse»[17].

Su questo versante trovo una coincidenza interessante, da un lato, con un atteggiamento ben visibile nelle motivazioni dei giudici di *common law*, specialmente inglesi, in cui il carattere dialogico è ben delineato; dall'altro – e qui mi spingo su terreni meno noti – con un'esperienza storica molto antica e nobile: quella dell'India.

Quanto all'aspetto del giustificare il ragionamento, indicando anche quali argomenti potrebbero confutarlo[18], il confronto con il *common law* è davvero interessante: molte sentenze hanno effettivamente in Inghilterra carattere dialogico, e sovente il giudice previene le possibili obiezioni trattandole e scartandole nello svolgimento del proprio ragionamento. Spesso leggiamo: «one could say … But the reply to this objection is …».

Talvolta, si può pensare – dal tenore del discorso – che il giudice risponda ad un'effettiva obiezione opposta da un altro componente del collegio giudicante.

In altri casi, il giudice ipotizza in modo teorico quale potrebbe essere un argomento contrario e risponde alla domanda ipotetica con una spiegazione del proprio punto di vista.

Questo svolgimento, con *effettive domande retoriche* segnate *con il punto interrogativo*[19], aiuta a seguire lo svolgimento mentale, consente di ripercorrere il filo logico seguìto e di arrivare gradualmente alle scelte preferite dall'estensore della decisione. Anche qui, la presenza della *giuria* in epoche passate, e il *carattere orale* della discussione in dibattimento pubblico, sono decisivi dello stile delle sentenze di *common law*.

Se la decisione deriva dalla combinazione del verdetto sul fatto da parte della giuria, e dall'apprezzamento giuridico del giudice, il carattere dialogico della sentenza è ovvio: il giudice deve illustrare ai giurati le conseguenze della soluzione A e di quella B, rispondendo a quesiti, obiezioni, distinzioni.

Una differenza visibile rispetto al nostro stile giudicante è nella *lingua* utilizzata: sovente il giudice di *common law* attinge al linguaggio quotidiano, usa esempi della vita corrente, come la lista d'attesa di un viaggio aereo per indicare la condizione degli allievi candidati all'ammissione di

17 A. Gentili, *op. cit.*, pp. 24 - 26. Corsivo aggiunto.

18 A. Gentili, *op. cit.*, p. 26.

19 L. J. Dillon (Court of Appeal): «When, for instance, one condition in a set is particularly onerous does something special need to be done to draw customers' attention to that particular condition? In an *obiter dictum* in *J. Spurling Ltd. v. Bradshaw* [1956] 1 W.L.R., 461, 466, Denning L. J. stated: "Some clauses which I have seen would need to be printed in red ink on the face of the document with a red hand pointing to it before the notice could be held to be sufficient." *[Interfoto Picture Library Ltd. v. Stiletto Visual Programmes Ltd.*]». Altro esempio: «if the makers of the Act had themselves come across this ruck in the texture of it, how would they have straightened it out? A judge must not alter the material of which is woven, but he can and should iron out the creases» (L. Denning*, Seaford Court Estates Ltd. v. Asher*, [1949] 2 KB, 498-499).

una scuola privata (*Pepper v. Hart*, 1992, HL)[20], esprime preferenze personali, parla di sé[21]: circostanze che non ricorrono nelle nostre sentenze, più paludate, impersonali, ieratiche (e spesso monotone). Nelle sentenze di *civil law* le preferenze interpretative del giudice sono schermate dietro un'apparenza di ineludibile deduzione logica.

Se ci avviciniamo all'esperienza in India, ricordiamo preliminarmente che ai giudici inglesi nel territorio sottoposto al controllo della madre patria, nei "Presidency towns" nel XIX secolo, era data l'istruzione di giudicare secondo: "*justice, equity and good conscience*". Quindi, in assenza di precise norme, si giudicava secondo ragionevolezza (che presto divenne: osservanza del precedente giudiziale).

Sull'aspetto della necessità di un carattere logico delle argomentazioni, l'insegnamento *hindu* inerente all'identificazione delle fonti del *dharma* (=diritto, nel senso del *diritto naturale*) è basato sul ragionamento: un brano del testo *Manusmrti*/leggi di Manu[22] indica che un'effettiva conoscenza del *dharma* può essere ottenuta *solo attraverso il ragionamento* (XII.106)[23]. «Nell'elaborazione del diritto tradizionale, grande importanza ha avuto l'istituzione della *parishad*, … un consiglio di esperti del *dharma* e delle scuole vediche, che aveva il compito di pronunciarsi su punti interpretativi dubbi».

Lo stile era indubbiamente dialogico, argomentativo: le diverse letture venivano confrontate e discusse. Diremmo un "metodo socratico".

Questo ruolo del ragionamento e della discussione, il confronto di opinioni come strumento per accertare ciò che deve essere fatto, è anche documentato nel titolo del libro di Amartya Sen, *The Argumentative Indian* (2004): esso «rivela la doppia faccia dell'India: il suo aspetto *razionalistico*/*materialistico* e, all'opposto, quell'aspetto così esoticamente mitizzato qui in Occidente, la mistica»[24].

20 *Pepper v. Hart* [1992], HL, http://www.bailii.org/uk/cases/UKHL/1992/3.html.

21 Lord Parker in *Fisher v. Bell* [1961], 1, QB, 394: «*I think* that most lay people would be inclined to the view (as, indeed, *I was myself when I first read* these papers), that if a knife were displayed in a window like that with a price attached to it, it was nonsense to say that that was not offering it for sale. The knife is there inviting people to buy it, and in ordinary language it is for sale; but any statute must be looked at in the light of the general law of the country, for Parliament must be taken to know the general law». Stesso giudice, stesso caso, un po' oltre: «In those circumstances *I, for my part, though I confess reluctantly, am driven to the conclusion that no offence was here committed*. At first sight it appears absurd that knives of this sort may not be manufactures, they may not be sold, they may not be hired, they may not be lent, they may not be given, but apparently they may be displayed in shop windows».

22 Datato in un'epoca incerta tra il 200 a.C. e il 200 d.C.

23 D. Francavilla, *The Roots of Hindu Jurisprudence*, Torino, 2006, p. 68 e Id., *Il diritto nell'India contemporanea*, Torino, 2010, p. 29.

24 A. Sen, *L'altra India. La tradizione razionalista e scettica alle radice della cultura Indiana*, trad. it. di G. Rigamonti, Milano, 2006.

C'è però una dimensione della tradizione indiana che contrasta con la rappresentazione che A. Gentili propone per la nostra versione del diritto: nel sistema *dharmico* condotte differenti o addirittura contraddittorie possono essere considerate valide.

«In termini generali, i casi di conflitto tra fonti di diversa autorità vengono decisi sulla base di un criterio gerarchico … Se il *conflitto* si verifica tra fonti di pari autorità, in particolare tra due testi vedici, si ritiene che *entrambi i modelli* di comportamento siano validi ed è possibile scegliere tra di essi».

Il presupposto sta nell'appartenenza comune al sistema vedico: «il sistema normativo mantiene la sua unità grazie alla teoria della comune origine nel Veda delle ingiunzioni contraddittorie e all'accettazione del fatto che lo stesso Veda è differenziato al suo interno»[25].

Al contrario, nella nostra esperienza, come A. Gentili indica, è proprio il criterio di *non contraddizione* l'elemento cardine dell'argomentazione come "diritto". Il nostro schema ordinante occidentale persegue la certezza, l'uniformità: non abbiamo alle spalle un così complesso addestramento al pluralismo nelle fonti come in India. È un'acquisizione con la quale stiamo imparando (di nuovo) a fare i conti. Su questo aspetto ha ragione A. Gentili nel paragrafo sul «mito del sistema chiuso dello Stato»[26] a ricordare come il passato anche europeo abbia a lungo conosciuto la convivenza di fonti diverse, se non altro per la coesistenza del diritto civile e canonico: il periodo del positivismo nazionalista sembra aver cancellato nel ricordo dei giuristi il peso di quell'esperienza passata.

Addirittura gli interpreti del diritto indiano sono disposti a supporre l'esistenza di un testo vedico scomparso per legittimare consuetudini che contrastano con altre, fondate su passaggi classici della tradizione vedica[27]: «il caso di conflitto tra Veda e *smriti* (=tradizione) può esser considerato un caso di conflitto tra un testo vedico esistente e un testo vedico perduto su cui si basa il testo della *smriti*».

L'esempio indiano è interessante anche in relazione al capitolo di A. Gentili sulla *consuetudine* (cap. 3, Parte I), una fonte molto controversa in Europa: per certi versi, marginalizzata dai codici, per altri versi, recupera-

25 D. Francavilla, *op. ult. cit.*, p. 35. Più ampiamente nella versione inglese: «The coherence of the system is preserved through the *vikalpa*, that is through the possibility to choose between different courses of actions. …The key word is *emergence*: contradictory models of behaviour may stay together because in a given context one of them *emerges*. Two contradictory rules can be considered as part of the same normative system, provided that this system is conceived as inherently differentiated. What is crucial is the existence of a connecting structure that is capable to organize this inner variety. Hindu jurisprudence finds this organizing principle in the *Veda*» (D. Francavilla, *op. cit.*, p. 215).

26 A. Gentili, *op. cit.*, p. 108.

27 D. Francavilla, *Il diritto nell'India contemporanea*, cit., p. 35.

ta negli scambi internazionali (con prassi che precedono la legislazione, ad es. le convenzioni internazionali) e nel mondo digitale dove si sviluppano ad una velocità esorbitante regole di condotta, usi digitali[28].

Nel mondo indiano in effetti la gerarchia delle fonti è sovvertita nella prassi: «dal punto di vista del funzionamento concreto del diritto hindu … il livello cruciale è costituito dalle regole contenute nelle fonti inferiori, in particolare i *sadacara*, vale a dire i modelli di comportamento e le regole consuetudinarie».

Vale poi la pena di ricordare che anche in Africa le consuetudini, il *diritto sommerso* sotto gli strati del diritto religioso, coloniale e importato dall'Occidente, hanno ripreso significato, in molte occasioni: a titolo rappresentativo attraverso le corti di conciliazione del Sud Africa[29] o in Ruanda che ha ripristinato il sistema giudiziario tradizionale chiamato "Gacaca" (Gachacha), divenuto pienamente operativo nel 2005. Il fattore temporale non è estremamente rilevante nelle consuetudini africane: Rodolfo Sacco ci ricorda che talvolta gli usi variano anche rapidamente[30].

Infine, seguendo ancora il filone del *pluralismo normativo*, merita specificare che sono soprattutto due i punti ulteriori in cui ho trovato una chiave di lettura per collegare il contenuto del libro al titolo, brani in cui il riferimento *al discorso* si riempie di significato ai miei occhi.

Un punto interessante si trova dove l'A.[31] si interessa della relazione tra *sovranità e diritto*: l'ipotesi antiquata, datata, è che «il diritto è fatto, il fatto della volontà di chi ha la forza», ma questa ipotesi è messa in crisi dall'assetto attuale, in cui «anche un giovanotto intelligente pratico di computer» riesce a scavalcare i confini della sovranità.

L'alternativa per il diritto è di «pensare che sia un discorso sui discorsi dei molti legislatori che regolano un mondo globalizzato … che sia un discorso in cui le ragioni di tutti vanno considerate, che sia un discorso in cui la forza sia solo l'estremo strumento che si giustifica contro chi non può offrire ragioni per i danni che vuole infliggere ad altri», insomma pensare che «il diritto sia la base della sovranità».

Il modo di conciliare ordini concorrenti come quello internazionale ed europeo con il diritto interno sta nel vederli non come esclusivi e configgenti, ma dialoganti, integrantisi a vicenda.

28 A. Fischer-Lescano, G. Teubner, *Regime-Collisions: The Vain Search for Legal Unity in the Fragmentation of Global Law*, in *Michigan Journal of International Law,* 25, 2004, p. 999 ss., disponibile on-line: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=873908.

29 *Promotion of National Unity and Reconciliation Act* (1995).

30 R. Sacco*, Le fonti informali*, in *Le fonti non scritte e l'interpretazione*, a cura di G. Alpa, A. Guarneri, P. G. Monateri, G. Pascuzzi, R. Sacco, in *Trattato di diritto civile*, diretto da R. Sacco, I, 2, Torino, 1999, p. 10.

31 A. Gentili, *op. cit.*, p. 126.

La *presunzione di conformità* cui l'interprete locale deve ispirarsi di fronte a fonti internazionali e europee esprime una ragionevole aspettativa: se il legislatore ratifica patti internazionali, è abbastanza logico pensare che non voglia disattenderli in provvedimenti successivi.

3 La lingua

Un richiamo invece al *linguaggio*, all'uso corrente delle parole si trova nel capitolo 6 della parte II, su *Argomentazione e Scienza giuridica*: trattando dei concetti nel diritto privato europeo.

Ho trovato stimolante il riferimento ai limiti dell'arbitrio del legislatore: «poiché si serve del linguaggio ordinario, neppure il legislatore potrebbe usare (per es.) la parola "*contratto*" escludendo il senso di *regola* che il linguaggio ordinario le connette indissolubilmente: usando il legislatore – qualunque legislatore – una lingua naturale, se la vìola nessuno capisce più nulla. Insomma il legislatore è onnipotente, ma il vocabolario di più»[32].

Qui l'A. ipotizza che ciò comporti una base concettuale comune nel diritto privato europeo (parte armonizzata del diritto interno).

Naturalmente l'obiezione è che, spesso, il diritto usa un linguaggio "di specialità": che magari assume parole della lingua corrente e assegna loro significati anomali. Così che è sorprendente, per la persona comune, il senso che noi giuristi attribuiamo a "atti emulativi", o a "invenzione" (=ritrovamento), "compensazione"[33], "remissione". Per non parlare di "studi di settore", "respingimento" (di immigrati), "avvalimento" (=nelle gare di appalto, quanto ai requisiti di un altro "operatore economico", artt. 49 e 50 D.Lgs. 163/2006): espressioni traslate che assumono contenuti inattesi per i non-addetti ai lavori.

Il tema è interessante perché si salda ad una preoccupazione sempre più evidente dei legislatori, non solo europei. Ci si collega qui al tema del "*plain language*" o del "*parlare chiaro*" (nell'accezione che ha avuto in Italia il movimento avviato da Sabino Cassese con il *Manuale di stile* e dai cultori del linguaggio amministrativo).

In base ai risultati della ricerca che ho diretto per la Commissione Europea su "*Document quality control in public administrations and international organisations*"[34], abbiamo constatato che c'è stata una crescita

32 A. Gentili, *op. cit.*, p. 256.

33 In modo alquanto curioso il legislatore italiano rende l'espressione "compensation" usata nel regolamento 261/2004 (diritti dei passeggeri aerei in caso di cancellazione e ritardi prolungati dei voli) con "compensazione", anziché indennizzo, scegliendo un termine che in linguaggio tecnico giuridico indica un modo di estinzione delle obbligazioni (art. 1241 c.c.).

34 Commissione UE, Direttorato generale traduzioni, *translation studies*, 2013, scaricabile all'indirizzo http://ec.europa.eu/dgs/translation/publications/studies/index_en.htm.

esponenziale della cura verso la trasparenza della lingua: dall'emisfero sud (Australia) a quello Nord (Inghilterra e paesi Scandinavi, specialmente Svezia) verso l'area mediterranea (Spagna con Catalogna e Paesi Baschi, ma anche Italia).

Il problema è che la consapevolezza non è sufficiente: deve seguire l'azione. Su questo fronte battaglie e sconfitte si alternano. È anche questione di "ragionevolezza": ad es. la soppressione integrale del latino non è necessariamente una vittoria[35] (ad es. il termine giuridico "*certiorari*" ormai ha senso proprio in *common law*; in Inghilterra il *writ of summons* è stato sostituito da "*claim form*" ecc.).

In molti ambiti si è insistito sul bisogno di certezza del diritto: inseguire forme linguistiche semplici non deve sacrificare la certezza. Il livello di semplificazione auspicabile in effetti dipende dall'uditorio cui ci si rivolge; in qualche caso le definizioni allegate all'atto legislativo sono un buon rimedio (nelle risposte al questionario, inviato per la ricerca europea, i funzionari del *Congress* di Washington hanno specificamente indicato che prediligono una terminologia esatta, accompagnata da un "*glossary of terms*" che chiarisce l'uso delle espressioni tecniche impiegate).

Giustamente A. Gentili nota che in sede europea si pone il problema della *traducibilità*: e aggiungiamo, il problema di un'assenza di dottrina comune (manca un corpo coerente di dottrina che supplisca alla carenza di uniformità terminologica).

Il punto in cui, di nuovo, il discorso di salda con il *linguaggio*, si trova nella proposta dell'autore sull'apertura verso altri ordinamenti e in particolare il distacco che conviene prendere dall'assunto (*ottocentesco*) che la "sovranità sia un fatto"[36]. È preferibile la prospettiva per cui i testi esprimono regole e queste possono combinarsi secondo le regole di logica del discorso.

«Se entriamo nell'idea che quei pretesi fatti sono punti di vista, discorsi, più o meno compatibili, il pluralismo del sistema aperto riprende senso».

D'altronde un giudice della Corte Suprema del Regno unito, la *Baroness* Brenda Hale, ha ben sintetizzato la relazione tra corti nazionali e sovranazionali in questi termini: «Just as the Human Rights Act involves the courts in a dialogue with Government and Parliament, it may increasingly involve us in a dialogue with Strasbourg as we seek to explain why we think that some of those modifications are justified»[37].

Il termine dialogo è il segno del tempo.

35 Nel riformare alcuni aspetti del processo civile in Inghilterra, il legislatore ha limitato l'uso di espressioni latine, anche se molte erano ormai diventate tradizionali in *common law*: *Civil Procedure Rules* 1998, *Appendix* 1, http://www.justice.gov.uk/courts/procedure-rules/civil/rules. I. Grainger, M. Fealy, *The Civil Procedure. Rules in Action*, Londra, 2000.

36 A. Gentili, *op. cit.*, p. 116.

37 Baroness Brenda Hale, *Foreword*, *UCL Human Rights Review*, issue, 2009, p. VII, https://www.ucl.ac.uk/human-rights/ucl-hrr/docs/hrreviewissue2/issue2.

Ricerche giuridiche [online] ISSN 2281-6100
Vol. 4 – Num. 1 – Giugno 2015 – Supplemento

Diritto, argomentazione e razionalità

Silvia Zorzetto
(Ricercatore di Filosofia del diritto nell'Università degli Studi di Milano)

Sommario 1. Il concetto di diritto come artefatto linguistico. – 2. L'argomentazione quale fonte formale di diritto oggettivo. Il diritto come discorso pratico razionale. – 3. La teoria dell'interpretazione giuridica nell'ottica della pretesa.

1 Il concetto di diritto come artefatto linguistico

Anzitutto, voglio ringraziare la prof.ssa Camardi per l'invito e il prof. Gentili e chi mi ha preceduto per questa possibilità di confronto e discussione.

Non me ne vorranno se per rompere il ghiaccio e il mio personale imbarazzo ricordo che dieci anni fa, studentessa della facoltà di economia in questo ateneo, cominciai ad avvicinarmi al diritto e alla teoria generale del diritto frequentando alcune delle prime lezioni di questo dottorato di ricerca e leggendo alcuni saggi del prof. Gentili consigliati dai dottorandi di allora.

Come si evince già dal titolo del Seminario (mi riferisco al punto di domanda finale), non siamo qui per festeggiare la pubblicazione di un libro e, del resto, è più che ovvio che non avrei titolo alcuno per profondermi in apprezzamenti ed elogi nei confronti degli scritti di un Maestro. Entrerò quindi subito nel merito del tema del Seminario.

Ci viene proposta una discussione "*a partire dal libro di Aurelio Gentili, Il diritto come discorso*" con lo scopo dichiarato di tentare di rispondere, assieme all'Autore, a una domanda, o meglio, a una serie di domande.

Dobbiamo concepire "*il diritto come discorso*" o possiamo fare a meno di considerarlo, a qualsiasi titolo, come tale? È o non è opportuno seguire l'una o l'altra via e perché? Ammesso sia possibile e opportuno, a quali condizioni e in quale modo ha senso ed è bene trattare il diritto come discorso? E che tipo di discorso è e quali caratteristiche esso ha?

Siamo di fronte a una serie di domande eminentemente filosofiche; di quelle che, per intenderci, normalmente spiacciono a chi vuol essere concreto, danno forte senso di vertigine a chi ha minima consapevolezza di ciò di cui si parla e rischiano facilmente di sfociare in un dialogo tra sordi, se non si ha la pazienza di chiarire, punto per punto, ogni aspetto della discussione.

Negli scritti di Gentili troviamo invero eccellenti rimedi sia alla dif-

fidenza dei pratici, sia al senso di vertigine dei filosofi, sia a qualsiasi scivolamento verso la (cattiva) metafisica e il dogmatismo.

È noto che sono varie e diverse le risposte che, più o meno, intuitivamente, si è portati a dare alle domande appena accennate; molte e straordinariamente controverse e contestate sono le idee e le teorie che si contendono il campo nel pensiero giuridico.

Su questo fronte un primo aspetto da sottolineare dell'opera di Gentili – o, meglio, della teoria del diritto delineata nei suoi scritti – è che essa muove da un elemento di *comune buon senso*: non ci si può non porre le domande testé accennate, se si vuole minimamente comprendere cosa è il diritto, quantomeno i diritti vigenti a noi familiari. E ciò vale per chiunque si occupi di diritto e tutti coloro che hanno qualcosa a che fare, per qualsiasi motivo, col diritto: dagli avvocati, ai cittadini, dai "legislatori", ai giudici, agli studiosi, etc.

La lezione più generale che si trae dagli scritti di Gentili è che il diritto è sì una realtà, ma una *realtà costruita*[1]; il diritto non è un mero fatto (sia pure storico-sociale-culturale), e nemmeno un dato precostituito ed esterno a noi, ma un "*artefatto*": una creazione intellettuale socialmente riconosciuta, che è assieme un presupposto del vivere umano organizzato e un suo elemento, come tale, in continua formazione e costante evoluzione[2].

Ma la lezione di Gentili va oltre: pur essendo il diritto qualcosa di socialmente condiviso, è infondata ogni pretesa di registrare una sola concezione e tanto meno una concezione vera o giusta del diritto, neppure del diritto come discorso. Occorre piuttosto tenere conto di due circostanze: da un lato, è possibile elaborare concezioni del diritto in parte diverse e, più o meno, idiosincratiche che nondimeno concorrono, ciascuna in

1 Sul punto sono significative, tra le altre, ad esempio le osservazioni sul concetto di pretesa (*Pretesa*, A. Gentili, *Il diritto come discorso*, Milano, 2013, p. 261 ss. e p. 294: «negli ordinamenti più recenti…si afferma l'idea che la verità della pretesa dipenda dal momento storico, anzi dall'esito del processo, anzi sia del tutto relativa alla costruzione, anzi non ci sia nessuna verità. Così, anche in questo campo, la dogmatica lascia il posto all'argomentazione»), e sulla retroattività della legge (*Sulla retroattività delle leggi civili*, A. Gentili, *op. cit.*, p. 43: «Il dato insuperabile al retroagire riposava nella natura e nella logica dell'*essere*…Ma la realtà giuridica è pura fantasia. Un impedimento al *retrospicere* che funga da limite può risiedere solo nella natura e nella logica del *dover essere*…quell'impedimento si può cercare solo nella funzione stessa della norma: fissare valori per guidare comportamenti»; p. 47: «Alla regola *quod factum est infectum fieri nequit* che anima le teorie del fatto compiuto, del diritto quesito, del rapporto esaurito possiamo allora sostituire una regola parallela, ma diversa,…espressione non di fatti, ma di valori…La regola ci dice che le leggi retrospettive sono inefficienti e irrazionali nella parte in cui danno a comportamenti che non hanno potuto guidare valori incoerenti a quelli in base ai quali sono stati tenuti»).

2 Per un approfondimento sul tema ricordo le analisi di C. Roversi, *Conceptualizing institutions*, in *Phenomenology and the Cognitive Sciences*, 2013, p. 1 ss.; G. Tuzet, *Sul possibile moto della macchina*, in *Diritto&Questioni Pubbliche*, 9, 2009, p. 359 ss., partic. p. 360, nonché di B. Celano, *Ragionamento giuridico: tre questioni chiave, e cosa (non) può fare la filosofia al riguardo*, in *Diritto&Questioni Pubbliche*, 6, 2006, p. 83 ss.

misura variabile, a dar forma al diritto che conosciamo; dall'altro lato, sarebbe però assurdo, irrazionale o irragionevole chiudere gli occhi di fronte al *fatto* che i diritti vigenti sono anche e primariamente un *artefatto linguistico* – appunto "discorso" – e più esattamente, come mostra bene il libro, un insieme di discorsi e meta-discorsi aventi la funzione generale di guidare la condotta; un insieme di discorsi estremamente complessi e articolati, dotati di caratteri, strutturali e funzionali, in parte diversi da quelli delle lingue naturali su cui pure si basano e con cui esiste un costante collegamento[3].

La visione del diritto che Gentili ci propone – mi pare, ma sul punto chiedo conferma all'A. – non è di per sé incompatibile e non esclude l'ipotesi che il diritto in linea generale o di principio possa essere concepito anche come qualcosa di distinto e indipendente da qualsiasi linguaggio o forma di discorso. Tuttavia la premessa – pienamente condivisibile dal mio punto di vista – da cui mi pare muovere l'A. è che, stante la configurazione dei diritti vigenti di cui ci occupiamo, non si può non concepire il diritto anche e primariamente come discorso. Vale a dire: il concetto di diritto, che si è inculcato negli esseri umani dalla notte dei tempi e che oggi ha carattere paradigmatico e archetipale, non può prescindere dal linguaggio umano[4].

Se questa mia lettura è corretta, l'espressione "diritto *come* discorso" – si noti il "come" – non è né un'espressione a effetto né tantomeno un *escamotage* per aggirare il cuore del problema come talora avviene. Capita infatti che si usi e, anzi, si abusi del "come" per mascherare le difficoltà e oscurità di una teoria sotto a un paragone almeno *prima facie* plausibile[5]. Nel nostro caso, invece, il "come" è indice di una precisa ed

3 Come sottolinea Gentili nei suoi scritti, e ad esempio anche B. Celano, *op. cit.*, evidenziare che il diritto è un artefatto linguistico o discorso o comunicazione non significa affatto che il diritto sia fondamentalmente un fenomeno o uno strumento comunicativo, né che esso abbia come funzione basilare quella comunicativa; piuttosto, il diritto ha un aspetto discorsivo o comunicativo, perché è un artefatto linguistico che come tale si estrinseca in discorsi e implica un certo grado – peraltro piuttosto elevato e complesso – di comprensibilità intersoggettiva.

4 Come sia sorto questo nesso tra l'apprendimento e l'uso del linguaggio umano, l'organizzazione degli uomini in gruppi e società e l'idea di diritto è problema di cui oggi molto si occupano numerose scienze sociali e empiriche e branche specialistiche delle c.d. neuroscienze. Sul tema v. ad es. il recente studio di B. Brożek, *Rule-Following. From Imitation to the Normative Mind*, Cracovia, 2013.

5 Basti ricordare le formule del diritto "come soggetto epistemico", "come pratica sociale", "come fatto sociale", come "istituzione sociale", etc. Cfr. ad es. G. Teubner, *Il diritto come soggetto epistemico: per una epistemologia "costruttivista"*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 8, 1990, p. 287 ss.; F. Viola, *Il diritto come pratica sociale*, Milano, 1990; R. Alexy, *Teoria dell'argomentazione giuridica: la teoria del discorso razionale come teoria della motivazione giuridica*, Milano, 1998; M. Atienza, *Robert Alexy e la "svolta argomentativa" nella filosofia del diritto contemporanea*, in *Ars int.*, 1, 2010, p. 37 ss., H. Ross, *Law as a Social Institution*, Ox-

esplicita presa di posizione metodologica: quella appunto di accostarsi al diritto considerandolo un fenomeno anzitutto linguistico.

Da questo punto di vista, la teoria del diritto di Gentili rientra appieno in quella grande famiglia di teorie che usualmente si qualifica "analitica". Nel dire ciò, credo di non fare un torto all'A. sia perché – come ovvio – importa ben poco quale etichetta si dà a una teoria, quel che conta è chiaramente il suo contenuto, sia perché l'A. stesso afferma che la variante analitica della scienza giuridica, altresì nota come teoria del diritto, si distingue proprio per il fatto di considerare il diritto come discorso[6].

Sulla scia di Bobbio e di Scarpelli, ci si può chiedere se l'opzione di Gentili di accostarsi al diritto come discorso sia una mossa di metodologia *descrittiva* o non piuttosto *prescrittiva*.

Come noto, e lo stesso A. sottolinea più volte nei suoi scritti, la distinzione tra *essere* e *dover essere* ovvero tra *descrizione* e *prescrizione* è in linea di principio chiara (ad es. una cosa è registrare che un'aula è affollata, tutt'altra cosa è prescrivere che deve esserlo). Sul piano del metodo però le cose non sono così semplici, perché un metodo di per sé è fatto per prescrivere come (si deve) procedere e quindi ogni scelta metodologica ha carattere prescrittivo in questo senso. Nondimeno quando nella teoria del diritto si parla di metodologia prescrittiva, è assai più forte la nozione di prescrizione che si ha in mente. Scusando la sintesi e l'approssimazione, si fa della metodologia prescrittiva (anziché descrittiva) quando si prescrive un modo di procedere riguardo al diritto che implica anche un ben preciso concetto di diritto, se non addirittura un'intera concezione del diritto, come si suol dire, fatta e rifinita.

Ora, stante la dimensione linguistica dei diritti vigenti cui si è accennato, l'opzione di accostarsi a essi anche e primariamente come discorso è, a mio parere, una mossa di metodologia *descrittiva* in quanto implica di procedere tenendo conto appunto della dimensione linguistica di ciò che è oggetto di analisi (appunto il diritto).

Sottolineo che, nel dire ciò, ci muoviamo ancora nell'area del comune buon senso al quale neppure la metodologia è evidentemente estranea. In effetti, nessun metodo di analisi che si candidi a essere minimamente efficiente può prescindere del tutto dalle caratteristiche del proprio oggetto di analisi: così, è destinato al fallimento qualunque metodo di studio, ad esempio, dei cristalli che trascuri le proprietà chimico-fisiche dei minerali.

Indugio sul concetto di diritto come discorso che emerge dagli scritti di

ford, 2001. In altro ambito è emblematica la formula rawlsiana della "giustizia come equità" (cfr. J. Rawls, *Justice as fairness. A Restatement*, edited by E. Kelly, Cambridge, 2001). Di per sé non c'è naturalmente nulla di male, in qualsiasi analisi, nell'usare il "come" e dunque nel suggerire qualche somiglianza o affinità tra due elementi; ma l'analisi dovrebbe di qui cominciare e non già certo finire.

6 Cfr. *Scienza giuridica e prassi forense*, A. Gentili, *op. cit.*, p. 163.

Gentili, non tanto e non solo perché tale concetto costituisce un presupposto generale di ogni altra tesi presente negli scritti dell'A.[7]; ma anche e, anzi, soprattutto per come quest'idea del diritto come discorso viene spiegata e giustificata.

Gentili individua, dietro alle declamazioni e professioni di principio dei partecipanti alla pratica giuridica, una serie di elementi ben presenti a coloro che concorrono al successo, effettivo e tangibile, dell'usuale procedere e, quindi, in definitiva, alla vigenza dei diritti stessi.

Per Gentili non è né frutto del caso né un mero accidente: (i) che i diritti vigenti siano un insieme di discorsi e meta-discorsi, fatti da più soggetti più o meno (in)esperti e (in)consapevoli di quel che dicono e/o di quel che fanno; (ii) che questi discorsi abbiano, nel complesso, la funzione di qualificare fatti e guidare comportamenti, al fine di risolvere controversie pratiche in situazioni di conflitti di interesse; (iii) che tali discorsi siano intersoggettivamente comprensibili, pur potendo essere condotti, a seconda dei casi, in modo rigoroso da soggetti imparziali ovvero piegati, più o meno apertamente, a scopi personali da soggetti interessati; ancora, (iv) che tali discorsi non possano essere scevri da certe scelte di valore e, anzi, possano essere e perlopiù siano connotati, in maniera più o meno mascherata, da scelte di valore e ideologie variamente marcate; infine, (v) che vi possa essere e di fatto vi sia in svariati casi uno scollamento, in campo giuridico, tra ciò che si fa e ciò si dice, tra sostanza e veste formale[8].

Il concetto di diritto così proposto è certamente disincantato e realistico. Gentili ha giustamente «troppa stima dei giuristi positivi per crederli ingenui»[9], così come per dar credito, fino in fondo, alla caricatura del giurista vetero-positivista che fa appello alla legge, alla certezza, alla volontà del legislatore, e rivendica un'interpretazione vera[10].

Personalmente credo molto improbabile che un giurista simile abbia mai potuto ragionevolmente esistere, ma quand'anche fosse – come emerge dagli scritti di Gentili – sarebbe stato un pessimo giurista. Per esempli-

7 Mi riferisco, ad esempio, alla concezione della consuetudine giuridica, alle osservazioni sull'abuso del diritto, alle riflessioni sulla retroattività della legge, sul concetto di pretesa e sul contraddittorio.

8 Cfr. *Scienza giuridica e prassi forense*, A. Gentili, *op. cit.*, p. 139 ss.; *La metagiurisprudenza di Monsieur Jourdain*, A. Gentili, *op. cit.*, p. 211 ss.; *Teoria del diritto e tecnica dell'argomentazione forense*, A. Gentili, *op. cit.*, p. 497 ss.; *Sulla retroattività delle leggi civili*, A. Gentili, *op. cit.*, pp. 43-44; *A proposito di "La politica della legalità"* di Claudio Luzzati, A. Gentili, *op. cit.*, p. 92.

9 Qui per 'giurista positivo' si deve intendere il giurista accademico, l'avvocato e il giudice e ogni altro funzionario.

10 Cfr. *A proposito di "La politica della legalità"* di Claudio Luzzati, A. Gentili, *op. cit.*, p. 79 ss., partic. p. 87 e pp. 84-85.

ficare: non c'è peggior avvocato di quello che non si aspetti e non sappia prevedere possibili contro-interpretazioni e argomentazioni avversarie; non c'è giudice più inetto di quello che sia inconsapevole e incapace di discernere tra le diverse ricostruzioni della realtà fornite dalle parti[11].

2 L'argomentazione quale fonte formale di diritto oggettivo. Il diritto come discorso pratico razionale

Un merito della teoria del diritto di Gentili consiste proprio nel «non gettare via il bambino con l'acqua sporca». Nel concepire il diritto come discorso, l'A. non manca infatti di sottolineare che proprio in quanto discorso il diritto è anche *ideologia*, sia nel senso di *visione del mondo* (un insieme di conoscenze e di atteggiamenti umani psichicamente e socialmente correlati, anche se non necessariamente coerenti, da cui derivano e che alimentano prassi e disposizioni pratiche), sia nel senso di *falsa coscienza* (sociale), ma non siamo di fronte né a una colossale illusione collettiva né tanto meno a un'impresa di azzeccagarbugli.

Insisto su questo punto perché, come noto, troppe teorie del diritto non hanno dato il giusto peso al primo aspetto (nei discorsi giuridici è e non può non esservi implicita un'ideologia, *i.e.* una certa visione del mondo, atteso che ogni linguaggio, anche quello giuridico, esprime un insieme di bisogni, convoglia selezioni e correlazioni dell'esperienza di esseri umani in società), enfatizzando solo il secondo aspetto (cioè la presenza di falsa coscienza in una parte dei partecipanti alla pratica giuridica) e si sono perciò avviate lungo la china scivolosa dello scetticismo o del decisionismo[12].

11 Gentili sottolinea che i giudici non constatano né creano i fatti ma ne scelgono una versione: «Al giudice è dato scegliere solo, nell'ambito di un *thema decidendum* predefinito – cui può sfuggire nei soli e rari casi in cui gli sia consentita la pronunzia d'ufficio...– optando fra le alternative costruzioni che le parti gli propongono, dei fatti allegati e provati, delle norme richiamate e interpretate, dei diritti e doveri che ne derivano. Certo potrà disattendere le costruzioni delle parti e pervenire ad una propria: ma potrà utilizzarla solo se rilevante per quando gli è domandato.»: *L'"ordinamento delle pretese giudizialmente perseguibili"*, A. Gentili, *op. cit.*, p. 303 ss., partic. p. 323 ss. In questa prospettiva, «[l]a giustizia della decisione...è essenzialmente 'relativa'. È una giustizia limitata all'orizzonte del rapporto processuale che si è instaurato, e legata al disegno che le parti tracciano». (cfr. *Contraddittorio e giusta decisione nel processo civile*, A. Gentili, *op. cit.*, p. 521 ss., partic. p. 527).

12 Al riguardo è significativa ad esempio l'analisi critica del concetto di sovranità: *La sovranità nei sistemi giuridici aperti*, A. Gentili, *op. cit.*, p. 97 ss. Afferma Gentili a p. 116 che «[s]e insistiamo a guardare la sovranità, l'ordinamento, la legalità, la validità, come fatti, tutto si confonde. Potremmo guardarli altrimenti? Spogliatici delle nostre venerabili categorie culturali non vedremmo che testi, che esprimono regole. Ebbene, le regole si possono combinare; oppure subordinare; o anche elidere: è questione di logica del *discorso*.

In particolare, a differenza di molta dottrina e anche teoria, Gentili evidenzia con estrema chiarezza tre aspetti cruciali a questo proposito del diritto che spiegano e descrivono come in effetti funzionano i diritti vigenti[13]:

(i) malgrado le ingenue declamazioni e enunciazioni sulla natura del diritto e della legislazione, sull'interpretazione giuridica, etc. – in breve, malgrado una consapevolezza da parte dei partecipanti alla pratica giuridica talvolta, se non perlopiù approssimativa e assai rudimentale in ordine alle caratteristiche semiotiche del diritto – nondimeno «tutti i giorni…l'impossibile avviene», cioè giudici, giuristi e privati cittadini formulano discorsi su discorsi perfettamente comprensibili ed efficienti che appunto concorrono a far sì che il diritto sia il discorso che conosciamo;

(ii) come «questo miracolo avvenga», ci ricorda Gentili, lo svela la semiotica che insegna che per la comunicazione è sufficiente una «struttura basilare…supposta» – di qui la rilevanza delle ideologie a cominciare da quell'ideologia implicita nel linguaggio ordinario che costituisce elemento basilare anche dei discorsi giuridici;

(iii) d'altra parte anche i «miracoli», prosegue sempre Gentili, hanno i suoi limiti e quindi «la renitenza» dei giuristi positivi (nella specie civilisti) «al ripudio della tradizione, nonostante si vada diffondendo fra loro la percezione dei suoi limiti…nasce anche da qui: il loro metodo in un modo o nell'altro funziona; perché abbandonarlo?».

Si noti che la risposta di Gentili – e qui la sua teoria da descrittiva si fa prescrittiva – è che il «metodo tradizionale…sedicente scientifico» dovrebbe essere abbandonato, anche se «il sistema funziona». La sua proposta è di adottare un altro metodo basato sulla *tecnica dell'argomentazione*. Gentili, ovviamente, è ben consapevole del fatto che questo metodo è in parte già bagaglio dei giuristi: quel che l'A. vorrebbe, mi pare, è un impiego più avvertito, pervasivo, consapevole di quella tecnica dell'argomentazione che egli chiama anche *retorica*[14].

Questo dell'argomentazione è, a mio avviso, il tratto più qualificante e

Se perciò entriamo nell'idea che quei pretesi 'fatti' sono solo punti di vista, discorsi, più o meno compatibili, il pluralismo del sistema aperto riprende senso», e ancora ricorda a p. 127 le aspre critiche di H. Arendt in *What is Freedom?* (1961) al concetto di sovranità: «[g]iudicava che fosse un'illusione…E proponeva di abolirla. Non possiamo darle tutti i torti. Ma forse non è necessario essere così radicali. Siamo stati abituati a pensare per duecento anni che la sovranità fosse la base del diritto. Proviamo ora a pensare che il diritto sia la base della sovranità».

13 *A proposito di "La politica della legalità"* di Claudio Luzzati, A. Gentili, *op. cit.*, p. 79 ss., partic. pp. 84-85 e 87-88.

14 Cfr. *Teoria del diritto e tecnica dell'argomentazione forense*, A. Gentili, *op. cit.*, p. 497 ss., partic. p. 503 ss.

originale della teoria del diritto come discorso di Gentili. Vediamo quindi di precisarne ruolo e contenuti.

Gli scritti di Gentili delineano, oltre a un concetto di diritto, anche una teoria delle fonti del diritto e una teoria dell'interpretazione giuridica.

Quanto alla teoria delle fonti giuridiche, Gentili formula un'ipotesi, che egli stesso definisce, forte o, meglio, fortissima[15].

In sintesi: premesso che è empiricamente falso che l'argomentazione non abbia alcun ruolo o un ruolo solo marginale nella produzione del diritto oggettivo, per l'A. non è nemmeno vero e, in ogni caso, sarebbe inadeguato che l'argomentazione avesse un ruolo paritario rispetto alle *leges* (*i.e.* agli enunciati linguistici dei testi giuridici ufficiali) e agli *iura* (*i.e.* le norme statuite nelle pronunce giurisprudenziali). Di qui, l'ipotesi forte, anzi fortissima, che l'argomentazione non solo interviene nella produzione del diritto oggettivo, ma è e deve essere considerata una *fonte formale del diritto oggettivo a tutti i livelli dell'ordinamento*.

Gentili spiega che le *leges* senza argomentazione non sarebbero altro che testi e collezioni di enunciati linguistici privi di senso e di fondamenti – meri segni –, e anche gli *iura* (le norme opera della giurisprudenza) altro non sarebbero che mere opinioni, prive di quei caratteri di *sapientia* e di *prudentia* che connotano proprio l'attività e la capacità discorso-argomentativa del giusperito.

A ben vedere quindi il concetto di diritto come discorso discusso sin qui è un concetto solo minimale e di sfondo; la concezione del diritto che Gentili propone è ben più ricca e incorpora quale tratto qualificante del diritto l'*argomentazione*. Salvo mio errore, Gentili non dà una definizione esplicita della nozione. Tuttavia, molti passi dei suoi scritti suggeriscono una nozione che, scusando l'approssimazione, mi pare assai vicina, se non proprio equivalente, a quella di *"ragionamento pratico", inteso come procedimento giustificatorio rispondente a canoni di razionalità*[16]. Da questo punto di vista il diritto è un discorso volto a mettere ordine (*i.e.* un ordine razionale; l'A. parla di «*ordo ordinans*») tra pretese pratiche in conflitto[17].

Nell'attuale configurazione dei diritti vigenti l'argomentazione non può

15 Cfr. *L'argomentazione nel sistema delle fonti*, A. GENTILI, *op. cit.*, pp. 10 ss. e 22 ss.

16 Cfr. ad es. *L'"ordinamento delle pretese giudizialmente perseguibili"*, A. GENTILI, *op. cit.*, p. 361 ss. in cui l'ordinamento viene concepito non come un *ordo ordinatus* di diritti, ma come un *ordo ordinans* di pretese e la razionalità del diritto viene presentata come una conseguenza della razionalità del discorso pratico sul caso; viene delineato un modello di diritto come discorso razionale e giusto pur senza presupporre né diritti preesistenti né la coerenza dell'intero sistema.

17 Noto per inciso che la concezione del diritto di Gentili non incorpora una gerarchia precisa e tanto meno rigida delle fonti giuridiche: l'eventuale esistenza di una certa gerarchia tra le fonti è questione esclusivamente di diritto positivo e, quindi, è un accidente rispetto alla concezione del diritto come discorso dell'A. Siamo di fronte, inoltre, a una concezione pluralista in teoria degli ordinamenti giuridici e a-statualista, che non riconosce né attribu-

non essere una fonte di diritto oggettivo, per Gentili, da un lato, proprio per la natura discorsiva del diritto di cui si è detto, dall'altro lato, per i caratteri che sono tipici dei discorsi nella sfera pratica, fatti in funzione di norme e finalizzati a guidare la condotta umana in situazioni di conflitto.

Come s'intuisce, la teoria del diritto di Gentili s'inscrive in quell'indirizzo di pensiero della filosofia pratica, e in particolare della meta-etica contemporanea, che attribuisce autonoma dignità alla cosiddetta ragion pratica e cerca di delineare teorie e modelli di discorso pratico razionale.

Peraltro, Gentili non sposa (almeno non esplicitamente, mi pare) una certa teoria o un dato modello di discorso pratico razionale; come per molte di queste teorie, anche per la teoria del diritto di Gentili è sicuramente centrale chiedersi «quando un argomento addotto a sostegno di una nostra pretesa può essere considerato razionalmente giustificato? Su quali criteri si basa un'argomentazione…che voglia dirsi corretta?»[18]. Insomma: quali regole, criteri, princìpi – in una parola, procedimenti argomentativi – occorre seguire affinché il diritto sia un discorso razionale?

Intenzionalmente Gentili si astiene dal fornire un prontuario compiuto e dettagliato sul punto e giustifica questa sua scelta a due livelli (quello del fondamento dell'intero ordinamento e gli altri livelli normativi), portando due argomenti principali.

Gentili spiega che l'argomentazione è (e dovrebbe essere considerata) fonte formale di diritto oggettivo a ogni livello ordinamentale, anche a livello di fondamento dell'ordinamento. Essa potrebbe inoltre essere formalizzata ossia procedimentalizzata tramite l'individuazione di tecniche argomentative e la prescrizione esplicita di taluni procedimenti argomentativi.

Da un lato c'è però un'eccezione: per Gentili, l'argomentazione non è formalizzabile a livello di fondamento dell'ordinamento giuridico, perché la fondazione del sistema giuridico sfugge per sua natura a qualsiasi formalizzazione[19].

isce ad alcuna istituzione in particolare il potere normativo né tantomeno individua alcun legame tra produzione del diritto e istituzioni statuali.

18 Cfr. V. Giordano, *Modelli argomentativi e conflitti morali. Le metaetiche di Stephen E. Toulmin, Kurt Baier e Richard M. Hare*, in *Oggettività e morale. La riflessione etica del Novecento*, a cura di G. Bongiovanni, Milano, 2007, p. 217 ss., la cui analisi è riferita al campo della morale, ma vale anche per il campo giuridico, considerato che sia il diritto sia la morale vengono ricondotti a sotto-ambiti del discorso pratico generale, presentano una stretta comunanza di problemi in punto di razionalità pratica, e vi è grande la permeabilità tra gli studi etici e giuridici sul punto. In ambito giuridico, v. F. Viola, *Il ritorno della ragione giuridica*, in *Interpretazione della legge civile e "ragione giuridica"*, a cura di E. Russo, Padova, 2003, p. 13 ss.; L. Gianformaggio, *Il gioco della giustificazione. Osservazioni in margine a una teoria procedurale dell'argomentazione giuridica*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 16, 1984, p. 475 ss.

19 Cfr. *L'argomentazione nel sistema delle fonti*, A. Gentili, *op. cit.*, p. 25.

Dall'altro, per il resto, cioè a ogni altro livello di produzione normativa, tale formalizzazione è «un compito della dottrina e della giurisprudenza. E un suggerimento potrebbe sin d'ora essere avanzato. Anzitutto, bisognerebbe rendere in qualche modo ineludibile, quantomeno come obbligo morale e onere di correttezza» rappresentare gli «argomenti contrari e indic[are] specificamente "quali ragioni li confutino" e mostrare "passo per passo" i passaggi del proprio ragionamento, per mostrarne coerenza e congruenza, senza salti dalle premesse alle conclusioni»[20].

Ammesso che la ricostruzione precedente sia corretta, resta tuttavia aperta la questione se sia possibile, con riferimento al discorso giuridico, stabilire un qualche catalogo di regole, criteri, princìpi di argomentazione razionale o se quest'impresa, quand'anche logicamente possibile, sia inesorabilmente destinata a fallire per ragioni pragmatiche, perché per suoi caratteri tipici, l'argomentazione giuridica non può essere codificata in un prontuario di direttive[21]. O forse, invece, è meglio non fornire regole esplicite e criteri predeterminati di argomentazione giuridica, perché così facendo la si cristallizzerebbe e renderebbe troppo rigida sul piano diacronico e/o sincronico?

Per rispondere ai quesiti precedenti occorre indagare il concetto di razionalità cui l'A. fa riferimento.

Mi pare che la razionalità che emerge dalle pagine dell'opera abbia tre caratteristiche principali:

(i) ricomprende, ma non s'identifica con la razionalità di tipo logico-deduttivo (principio di non contraddizione e coerenza interna sono elementi minimi necessari, ma non sufficienti per avere un discorso giuridico razionale);

(ii) è una razionalità di tipo strumentale (oltre alla coerenza e consistenza interna, un altro parametro di razionalità è l'efficienza dei mezzi rispetto agli scopi, sicché la razionalità del discorso giuridico è una caratteristica non già "tutto o niente", bensì graduabile, che dipende, *in primis*, dagli scopi e dai mezzi, e gli uni e gli altri sono frutto di scelte che appunto richiedono di essere argomentate);

(iii) è però anche una razionalità di tipo dialettico-ricorsivo, che dipende dal gioco di ragioni pro e contro, di argomenti e contro-argomenti a sostegno sia di ogni tesi normativa sia di qualsiasi ricostruzione dei fatti in considerazione.

Se ciò è corretto, la teoria del diritto di Gentili mi pare presenti asso-

20 Cfr. *L'argomentazione nel sistema delle fonti*, A. GENTILI, *op. cit.*, p. 25; v. anche *Teoria del diritto e tecnica dell'argomentazione forense*, A. GENTILI, *op. cit.*, p. 497 ss., partic. p. 503 e p. 508.

21 Una prova – almeno indiziaria – di quest'impossibilità pragmatica di dettare, una volta per tutte, regole esplicite di razionalità del discorso giuridico è il fatto che i molti modelli e teorie del discorso pratico e giuridico razionale che ben conosciamo finiscono per essere costruzioni idiosincratiche del singolo giurista o teorico.

nanze più apparenti che reali con le teorie che collocano il diritto all'interno del discorso pratico razionale[22].

Anche Gentili delinea un modello ideale di diritto come discorso razionale, colloca il discorso giuridico nell'ambito del discorso pratico, ma non individua all'interno di quest'ultimo dei criteri generali di razionalità dei discorsi giuridici (tanto meno riferiti o riferibili alle sole decisioni giuridiche) né di tipo oggettivo, né di natura coerentista, né ancora parametri procedurali universali di tipo dialogico (il riferimento è evidentemente alle teorie e ai modelli, ad esempio, di Alexy, Habermas, MacCormick, Toulmin, etc.).

3 La teoria dell'interpretazione giuridica nell'ottica della pretesa

Venendo ora alla teoria dell'interpretazione giuridica, Gentili abbraccia una posizione che, si suole denominare, intermedia o mista perché né formalista, né radicalmente scettica. Come noto, le teorie intermedie o miste dell'interpretazione giuridica formano una famiglia quanto mai variegata, in particolare, a seconda della semiotica e della concezione del linguaggio giuridico di riferimento.

La teoria dell'interpretazione giuridica di Gentili ha dichiaratamente ascendenze hartiane e, a mio avviso, si caratterizza, al pari della concezione originariamente elaborata da H.L.A. Hart[23], per il fatto di essere una *teoria* dell'interpretazione *processualmente orientata*.

Anzitutto, Gentili prende realisticamente atto della coesistenza, nei diritti vigenti, di regole e di princìpi (per inciso, nonostante i fraintendimenti di Dworkin ed epigoni, Hart non ha mai negato il ruolo dei princìpi); spiega che giurisprudenza e dottrina usano compiere operazioni argomentative in parte diverse avvalendosi, ora delle une, ora degli altri; sottolinea che nel ricorso ai princìpi si pone sovente un problema più di congruenza argomentativa, che di coerenza logica, che si traduce nell'identificazione di gerarchie mobili (costruite caso per caso) tra princìpi-

22 Come noto, tali teorie sono usualmente incluse nella più ampia concezione del neocostituzionalismo: sul tema vedi G. Bongiovanni, *Il neocostituzionalismo: i temi e gli autori*, in *Filosofia del diritto. Introduzione critica al pensiero giuridico e al diritto positivo*, a cura di G. Pino, A. Schiavello, V. Villa, Torino, 2013, p. 84 ss.

23 Mi riferisco in particolare alle tesi espresse in H. L. A. Hart, *Positivism and the Separation of Law and Morals*, in *Harvard Law Review*, 71, 1958, p. 593 ss., partic. pp. 606-615 e in Id., *The Concept of Law*[3], [1960], with an introduction of L. Green, Oxford, 2012, p. 124 ss. Sul tema v. in particolare lo studio di F. Schauer, *A Critical Guide to Vehicles in the Park*, in *New York University Law Review*, 83, 2008, p. 1109 ss.

valori, e si ha quindi una manifestazione tendenzialmente più palese degli aspetti creativi, comunque presenti nell'attività interpretativa in senso ampio intesa[24].

Ma si abbia a che fare con regole o princìpi, il punto per Gentili è un altro.

Se si considera una norma (sia essa una regola o un principio) singolarmente è plausibile e utile distinguere tra casi certi o fattispecie di sicura applicazione o disapplicazione, da un lato, e casi o fattispecie invece incerti, dall'altro lato. Usando il lessico hartiano, la distinzione tra zona chiara e zona di penombra regge, per Gentili, soltanto a livello di norma *uti singula*, facendo astrazione dal sistema. Se dalla singola norma si passa invece all'ordinamento si deve fare i conti con la pluralità delle norme e allora la combinazione di più enunciati mette in dubbio anche il significato più chiaro e immediato di ciascuno. Considerato però che nessuna norma giuridica è destinata a stare da sola, Gentili si domanda se esista allora «solo penombra» e se ciò «deriva dalla necessaria approssimazione del linguaggio naturale in cui sono espresse le norme…ma anche dalla struttura degli ordinamenti giuridici»[25]. Non esattamente.

Per Gentili, «la distinzione tra luce e penombra può essere recuperata in termini quantitativi… Piuttosto dunque che una zona chiara e una zona di penombra l'interprete deve registrare casi in cui la proposizione normativa ammette un numero tendenzialmente assai limitato di interpretazioni, e casi in cui ne ammette un numero, se non illimitato, tendenzialmente assai ampio… occorre porsi nell'ottica di chi vanta una pretesa…occorre che siano debitamente considerate tutte quelle [norme] che integrano il fatto costitutivo del diritto vantato. E poi anche, ovviamente per escluderle, quelle che opererebbero come fatto impeditivo, modificativo o estintivo. La congruenza dell'argomentazione ha insomma un'estensione»[26].

Questa rivisitazione della distinzione hartiana tra zona chiara e zona di penombra è in realtà assai meno critica e lontana dall'originale concezione di Hart, di quanto potrebbe apparire alla luce della corrente lettura che viene data di quest'ultima. La teoria di Hart e in particolare la distinzione tra *a core of settled meaning and a penumbra of uncertainty* è stata infatti purtroppo molte volte travisata, ma essa non delinea affatto una opposizione né tra casi, né tra tipi di regole né tra diversi enunciati giuridici.

24 Cfr. *L'"ordinamento delle pretese giudizialmente perseguibili"*, A. GENTILI, *op. cit.*, p. 335 ss.

25 Cfr. *L'"ordinamento delle pretese giudizialmente perseguibili"*, A. GENTILI, *op. cit.*, pp. 345-349, partic. p. 347 ss.

26 Cfr. *L'"ordinamento delle pretese giudizialmente perseguibili"*, A. GENTILI, *op. cit.*, pp. 348-349.

Hart evidenzia piuttosto, con grande realismo e il buon senso del raffinato giurista, che nei diritti vigenti le norme giuridiche vengono espresse in linguaggio tramite termini generali, i quali sì implicano una categorizzazione e denotano quindi casi prototipici, ma sono anche connotati in ogni possibile uso da un'inevitabile indeterminatezza, eventualmente solo potenziale[27]. Come noto, Hart, nell'esaminare questo fenomeno, prese a prestito l'espressione «*open texture*» di F. Waisman e non mancò di precisare che questa è una caratteristica non di alcune norme giuridiche, né di alcuni diritti positivi; tutte le norme giuridiche (persino la cosiddetta norma di riconoscimento) presentano tale caratteristica di essere *open texture*, come tratto derivato, importato dalle lingue naturali su cui si basa il linguaggio giuridico. In breve, la distinzione hartiana tra *core of settled meaning e penumbra of uncertainty* riguarda la semiotica (del linguaggio ordinario), non certo le norme, i testi giuridici e, tantomeno, la loro applicazione.

Come si evince proprio dall'esame del celebre esempio del divieto di ingresso di veicoli nel parco, sul piano della teoria dell'interpretazione Hart propone di risolvere le eventuali situazioni di indeterminatezza nell'applicazione delle norme ai casi in chiave teleologica, cioè in base allo scopo delle norme rilevanti coinvolte[28]. E per Hart l'individuazione di questi scopi tramite cui si precisa via via, a seconda del bisogno e fin dove necessario, l'estensione dei termini e delle norme non è un'attività ricognitiva di dati pre-esistenti, ma implica scelte, anche e anzitutto di valore, e richiede uno sforzo argomentativo nei confronti degli altri partecipanti alla pratica giuridica.

In particolare alcune idee di Hart sulla discrezionalità[29] come forma di

27 In merito vanno ricordate le puntuali osservazioni di S.L. Winter, *A Clearing in the Forest: Law, Life, and Mind*, Chicago, 2003, pp. 197-199.

28 Vedi anche H. L. A. Hart, *Problems of The Philosophy of Law, in Essays in Jurisprudence and Philosophy*, Oxford, 1983, Essay 3; sul tema è interessante lo studio di A.C. Hutchinson, *In the Park: A Jurisprudential Primer*, in *Osgoode Hall Law Journal*, 48, 2010, p. 337 ss.

29 Mi riferisco specialmente allo scritto di Hart dal titolo *Discretion,* risalente al 19 novembre 1956, recentemente pubblicato: H. L. A. Hart, *Discretion,* in *Harvard Law Review*, 127, 2013, pp. 652-665; i passi citati *infra* si leggono rispettivamente a pp. 656-657 e 664-665. Vedi le prime analisi dello scritto di G.C. Shaw, *H.L.A. Hart's Lost Essay:* Discretion *and the Legal Process School*, in *op. ult. cit.*, p. 666 ss. e di N. Lacey, *The Path Not Taken: H.L.A. Hart's Harvard Essay on Discretion*, in *op. ult. cit.*, p. 636 ss. «Discretion is after all the name of an intellectual virtue: it is a near-synonym for practical wisdom or sagacity or prudence; it is the power of discerning or distinguishing what in various fields is appropriate to be done and etymologically connected with the notion of discerning. … there is one kind of choice which we should not rank as the exercise of discretion, namely those cases where in choosing we merely indulge our personal immediate whim or desire. Will you have a martini or a sherry? You choose a martini, and I ask why: you reply, "Because I like it better — that's all." Here, it seems to me, it would be absurd to talk of a discretion being exercised; the chooser accepts no principle as justifying his choice: he is not attempting to do some-

ragionamento, *i.e.* argomentazione, razionale, condotta in maniera minimamente imparziale, in base a valori, ma anche regole dotate di un minimo di generalità e accettabili dagli interlocutori, mi sembrano condivise e sviluppate anche da Gentili nei suoi scritti.

Si muove infatti dalla preoccupazione di «verificare…se nel processo, scegliendo tra le teorie in competizione sul reale stato dei fatti, il giudice ciò faccia a caso e secondo arbitrio, o esercitando una discrezionalità rigorosamente retta da criteri controllabili»[30]; si sottolinea che nei processi si parla di interessi contrapposti tra cui si deve scegliere in funzione di princìpi e valori[31]; ma si evidenzia anche che l'obiettivo di chi argomenta una tesi giuridica, ad es. l'applicazione di una certa norma a un caso, non è di persuadere gli altri sul piano psicologico, ma di convincere un certo uditorio, ottenere cioè la sua adesione fornendo argomenti che, per la loro razionalità, inducono a consentire sulla propria tesi[32].

Anche Gentili, come Hart, non dà precise direttive per raggiungere

thing which he would represent as wise or sound or something giving effect to a principle deserving of rational approval and does not invite criticism of it by any such standards. … The drinker's choice might approximate to something like the exercise of discretion if, in answer to the question "Why a martini," he replied, "I have found from experience that I get on better when I drink that rather than sherry, I don't talk so much," etc.: here the choice is made by reference to some general principle justifying it which affords some reason for calling it sound or wise, even if the scope of this principle is limited to the individual conduct of his own life and does not purport to be of any greater generality. … Pending the evolution of rules, discretion must take its place because the area is really one where reasonable and honest men may differ, however well informed of the facts in particular cases. …the important matter … is to identify what are the optimum conditions for the exercise of discretion, because where we cannot be sure of being right, we can at least do what we can to obtain the best conditions for decisions. I think it not too much to say that decisions involving discretion are rational primarily because of the manner in which they are made, but of course the word "manner" here must be understood to include not only narrowly procedural factors and the deliberate exclusion of private interest, prejudice, and the use of experience in the field but also the determined effort to identify what are the various values which have to be considered and subjected in the course of discretion to some form of compromise or subordination. … phrases often used to describe the exercise of discretion, such as "intuition" [and] "recognition of an implicit guiding purpose," may encourage the illusion that we never reach the point where we have to reconcile conflicting values or choose between them without some more ultimate principle to guide us. … It seems to me clear that just because there is a point at which we can no longer be guided by principles and at the best can only ask for the confirmation of our judgment by persons who have submitted themselves to a similar discipline before deciding, that we have in discretion the sphere where arguments in favour of one decision or another may be rational without being conclusive. … What would most merit examination in this field, I think, is the study of what standards we appeal to when looking back upon a range of discretionary decisions we say typically such things as, "That was a satisfactory compromise between different values." Do we here appeal to the judgment of a plurality of impartial spectators, or are there more determinate principles at work?"».

30 Cfr. *Retorica e teorie della prova nel processo civile*, A. Gentili, *op. cit.*, p. 576.

31 Cfr. *Teoria del diritto e tecnica dell'argomentazione forense*, A. Gentili, *op. cit.*, p. 513 e p. 515.

32 Cfr. *Teoria del diritto e tecnica dell'argomentazione forense*, A. Gentili, *op. cit.*, p. 508 e p. 510.

questo risultato (come si è detto, non formula alcun catalogo di regole o criteri di argomentazione razionale). Indica però qual è il modello ideale cui si dovrebbe tendere per far sì che il discorso giuridico sia discrezionale, ma non arbitrario: si tratta della "dialettica" basata sul «contraddittorio ideale, logicamente perfetto e totale, quale deve essere»[33].

33 Cfr. *Contraddittorio e giusta decisione nel processo civile*, A. Gentili, *op. cit.*, p. 521 ss., p. 548.

Ricerche giuridiche [online] ISSN 2281-6100
Vol. 4 – Num. 1 – Giugno 2015 – Supplemento

Il "discorso" della Consulta
Il volume di Aurelio Gentili alla prova della giurisprudenza costituzionale

Andrea Pin
(Professore associato di Diritto pubblico comparato nell'Università degli Studi di Padova)

1 La distruzione del sistema e l'argomentazione

Un primo aspetto che balza agli occhi nella lettura del volume di Gentili *Il diritto come discorso* è l'insistenza sul crollo del mito del "sistema"[1]. La capacità ordinante del diritto, espressa attraverso la formula dell'"ordinamento", sarebbe ormai una chimera, liquidata dalla storia quanto dalla prassi.

Effettivamente, la preoccupazione di mantenere al diritto la sua capacità ordinante non pare essere una delle cure fondamentali persino della giurisprudenza costituzionale italiana, su cui ci si soffermerà in particolare. Anch'essa non sembra occuparsene particolarmente, se non per quanto attiene al filone economico-finanziario.

È degno di nota – preme evidenziarlo prima di passare a illustrare brevemente i fenomeni e le possibili cause che confermano la diagnosi di Gentili – che quest'abbandono della logica sistemica si sia verificata in un momento in cui la Consulta non era oberato da controversie sui diritti, ma soprattutto sui poteri. È noto che la Corte Costituzionale ha occupato recentemente buona parte del suo tempo e della sua attività nel dirimere questioni relative alla distribuzione di competenze tra i livelli di governo, o ai conflitti tra i poteri dello Stato. Un impegno che esige, più di quanto lo facciano le questioni su diritti, di tenere conto di preoccupazioni di natura sistematica. Equilibrare i rapporti tra i poteri non è un'attività sulla quale penda, con una particolare gravità, l'esigenza di garantire la «massima

1 In particolare, si veda A. Gentili, *Il diritto come discorso*, Milano, 2013, p. 15.

espansione dei diritti»[2]. Le controversie sui diritti mettono più facilmente in ombra preoccupazioni di ordine sistematico, a causa dell'esigenza di giustizia che li caratterizza; eppure, anche al di fuori di queste, la giurisprudenza costituzionale non sembra essersi attardata eccessivamente nel garantire un inquadramento coerente delle norme.

Dunque, una prima osservazione preliminare, che conferma l'analisi di Gentili, riguarda la dimenticanza di quest'esigenza ordinante. Essa pare derivare dalla cultura giuridica, prima ancora che dal tenore delle questioni coinvolte, tanto da infiltrare argomenti rispetto ai quali le esigenze di giustizia sono meno pressanti.

2 Il ruolo dei principi

L'abbandono della preoccupazione sistematica è significativamente rinvenibile nell'espansione del ruolo dei principi da parte della Consulta: in questo, la diagnosi di Gentili sembra decisamente calzante. Se il costituzionalismo contemporaneo è sicuramente caratterizzato da un forte ruolo dedicato ai principi – di cui del resto lo stesso Autore mette in rilievo la scarsa capacità ordinante[3] – esso lascia all'interprete il compito di ordinarli. Questi, come si è scritto, non nascono in conflitto, ma concorrenti:[4] è dunque compito dell'interprete individuare il giusto punto d'intersezione tra di essi.

È interessante notare che la medesima giurisprudenza costituzionale, con una tendenza probabilmente crescente, non sta semplicemente adoperando il linguaggio dei principi nel suo ragionamento, ma lo sta utilizzando persino nella parte dispositiva delle sue pronunce. Sembra essersi intensificato infatti il ricorso alle sentenze interpretative che introducono "principi", lasciando a soggetti terzi il compito di adeguarvisi.

Replicare il sistema dei principi nel dispositivo rischia – o persino presuppone – l'abbandono della funzione ordinante del giudice delle leggi. In questo modo, una delle strutture di garanzia costituzionale e di chiusura del sistema opera con una logica di apertura. Infatti, all'interprete non rimane soltanto il compito di applicare un equilibrio tra principi stabilito dalla Corte, ma di articolarli, individuando punti di equilibrio alla cui individuazione la Corte costituzionale sembra abdicare.

Per tutti, valga la pena ricordare la sentenza n. 1 del 2013, relativa alle

2 Da ultimo, si veda G. D'Amico, *La massima espansione delle libertà e l'effettività della tutela dei diritti*, in A. Pin, *Il diritto e il dovere dell'uguaglianza*, Napoli, 2015.

3 A. Gentili, *op. cit.*, pp. 344-345.

4 Si veda, su questo, diffusamente G. Zagrebelsky, V. Marcenò, *Giustizia costituzionale*, Bologna, 2012.

intercettazioni delle conversazioni del Capo dello Stato. Se formalmente la sentenza, con un articolato ragionamento, preclude il ricorso alle intercettazioni per tracciare le conversazioni presidenziali, tuttavia, verso la fine, la decisione riapre a quest'ipotesi, in una maniera piuttosto esplicita ma non definitoria. In chiusura, la Corte pone un'eccezione al divieto di intercettazioni, affermando che «l'Autorità giudiziaria dovrà tenere conto della eventuale esigenza di evitare il sacrificio di interessi riferibili a principi costituzionali supremi: tutela della vita e della libertà personale e salvaguardia dell'integrità costituzionale delle istituzioni della Repubblica (art. 90 Cost.). In tali estreme ipotesi, la stessa Autorità adotterà le iniziative consentite dall'ordinamento.» Questa frase lascia evidentemente un campo apertissimo all'interprete, sia sulle modalità con le quali ammettere e utilizzare le intercettazioni – le «iniziative consentite dall'ordinamento» non sono affatto specificate – sia quanto ai casi: la libertà personale viene ad evidenza costantemente nel campo del diritto penale, dunque non si vede dove quest'eccezione non sia in grado di operare.

3 Lo strumento dell'incidentale

Il ricorso ai principi da parte della Consulta è esaltato dallo strumento del giudizio in via incidentale – anche se, come detto, non è limitato a quest'ipotesi; e anzi il linguaggio dei principi si conferma inflazionato proprio perché compare anche altrove.

Effettivamente, il giudizio in via incidentale si presta all'adozione di tecniche decisorie che valorizzino i principi: la Consulta si trova investita di una questione da un giudice *a quo* e termina il processo dinanzi a sé restituendogli una soluzione. Poiché il giudice delle leggi, in prima battuta, si rivolge al giudice rimettente, può ragionevolmente decidere di offrirgli un principio attribuendogli il compito di declinarlo nel caso concreto. Naturalmente, questo significa che ciascun giudice potrà applicarlo diversamente; e più vaga è la Corte, o meno precisa è nel circoscrivere l'applicazione del principio, maggiore è il ventaglio di opzioni del giudice. Per utilizzare le categorie di Gentili, più evanescenti sono i contorni dei principi, maggiori sono le possibilità che sorgano diverse interpretazioni.[5]

In sostanza, lo strumento incidentale può essere utilizzato per dipanare dubbi, ma anche per delegare le decisioni – e il caso relativo alle intercettazioni del Presidente della Repubblica ne è un esempio eloquente. Questo, naturalmente, non è un effetto necessario dello strumento incidentale: una soluzione *tranchant* della Consulta, al contrario, è capace di imporre passi precisi e indefettibili al giudice *a quo*. È il ricorso a dispositivi e

5 A. Gentili, *op. cit.*, p. 345.

motivazioni che valorizzano i principi, invece, a incentivare la funzione discorsiva del diritto.

4 L'interpretazione conforme

L'incidenza del ragionamento per principi sulle tecniche argomentative della Corte è piuttosto rilevante anche per un'altra ragione, legata alla diffusione dell'uso della "interpretazione conforme",[6] ancora nel campo del giudizio in via incidentale

Come noto, l'esigenza di adeguare l'interpretazione di un dettato normativo a un testo di rango sovraordinato si è diffusa nell'ordinamento attraverso il requisito dell'interpretazione "costituzionalmente orientata" nei giudici *a quo*, ai fini dell'ammissibilità del giudizio in via incidentale.[7] Nato in un contesto connotato da un ingolfamento della Consulta, quando era necessario disincentivare le ordinanze di rimessione per facilitarne il lavoro, questo strumento è poi divenuto una leva nelle mani dei giudici comuni per svincolarsi dal controllo della Corte costituzionale.

I giudici comuni sono stati investiti del compito di tentare interpretazioni compatibili con la Costituzione, al fine di evitare di emettere ordinanze di rimessione alla Consulta superflue, relative a dubbi di legittimità eliminabili attraverso un'attività ermeneutica. La Corte, gravata da un forte arretrato, ha in questo modo inteso disincentivare i giudizi in via incidentale che la ingolfavano. In questo senso, la Corte ha dichiarato che «[i]n linea di principio, le leggi non si dichiarano costituzionalmente illegittime perché è possibile darne interpretazioni incostituzionali (e qualche giudice ritenga di darne), ma perché è impossibile darne interpretazioni costituzionali.»[8] In tal modo, ha acclarato la possibilità di plurime argomentazioni a partire dalle medesime disposizioni, mentre ha assegnato ai giudici comuni, e non a sé, il ruolo di tentare interpretazioni alternative.

Se l'incremento di strumenti e percorsi argomentativi è un risultato legato all'incidentale, non ne è tuttavia un effetto inevitabile. Si consideri l'incidentalità nei rapporti tra Corte Costituzionale e Corte di Giustizia UE – o tra Corte di Giustizia e giudici comuni: a seconda di come la Corte di Giustizia utilizza il suo ruolo di *pivot* processuale, e di come i giudici interlocutori si atteggino adeguandovisi,[9] si possono avere risultati più o

6 M. Ruotolo, *Interpretazione conforme a Costituzione e tecniche interpretative della Corte costituzionale*, http://www.gruppodipisa.it/wp-content/uploads/2011/01/Ruotolo1.pdf.

7 G. Zagrebelsky, V. Marcenò, *Giustizia costituzionale*, *cit*.

8 C. Cost., 22 ottobre 1996, n. 356, par. 4, *Considerato in diritto*.

9 J.H.H. Weiler, Van Gend en Loos*: The individual as subject and object and the dilemma of European legitimacy,* in *Int. J Constitutional Law*,12, 2014, p. 101.

meno vincolanti sotto il profilo interpretativo. E la vicenda di questo rinvio pregiudiziale è segnata da una significativa aderenza e responsabilità dei giudici nazionali nei confronti delle indicazioni provenienti dalla Corte di Lussemburgo.

Forse è più degna di considerazione la relazione tra la Corte costituzionale e la Corte europea dei diritti dell'uomo, che si è dimostrata davvero dialettica, caratterizzata da momenti di tensione che più ancora d'interazione. Anche qui, dopo le sentenze "gemelle" della Consulta (sentt. nn. 348 e 349 del 2007) si è consolidata un'influenza della Cedu nell'ordinamento italiano. La Corte costituzionale può provocare la dichiarazione d'illegittimità di norme interne per contrasto con la Cedu, come interpretata dalla sua Corte. Formalmente, le sentenze gemelle hanno chiarito e integrato il quadro di riferimento. Tuttavia, questo non ha ridotto i percorsi interpretativi, né li ha integrati davvero.

In primo luogo, l'evoluzione dell'interpretazione della Cedu da parte della sua Corte ha spinto i giudici italiani comuni a tentare interpretazioni costituzionalmente orientate che integrino le norme interne con la giurisprudenza della Corte Edu in maniera difficilmente controllabile. Si pensi alle applicazioni da parte dei giudici comuni della giurisprudenza Cedu in tema di fecondazione eterologa: il fenomeno ha bypassato il ruolo della Corte costituzionale, dando esecuzione alla giurisprudenza di Strasburgo nonostante, all'epoca, il diritto italiano vi contrastasse e andasse eventualmente eliminato dalla Consulta. La posizione della Corte Edu ha, a ben vedere, provocato in quel frangente una divaricazione tra l'orientamento dei giudici comuni e la Consulta.

Del resto, la Corte Costituzionale italiana, soprattutto in tema di diritti sociali e del lavoro, ha a sua volta dimostrato una certa resistenza ad adottare schemi interpretativi integrati a quello della Cedu. Valorizzando esplicitamente il ruolo diverso delle due Corti – una (la Corte Edu) riscontra violazioni di un catalogo di diritti, l'altra (la Corte italiana) verifica la compatibilità di una norma con una struttura costituzionale complessa – ha spesso rimarcato la distanza dalla Cedu, utilizzando processi argomentativi diversi, a volte anche per raggiungere conclusioni analoghe. Anche la Consulta, dunque, ha preferito utilizzare procedimenti discorsivi autonomi, almeno formalmente, sebbene convergenti nei risultati. In sostanza, ha accentuato il proprio ruolo attraverso un'autonomia argomentativa, più che sostanziale.

Rimane da vedere se questa differenza di linguaggio tra la Consulta e la Corte Cedu permarrà, qualora quest'ultima adottasse lo strumento del ricorso in via incidentale previsto dal Protocollo aggiuntivo no. XVI – ovvero se questo sarà un elemento di integrazione tra i *discorsi* delle due Corti.

5 I fattori "esterni" contengono la forza centrifuga delle interpretazioni

Se lo strumento dei "principi" ha dato la stura a diverse – forse ormai incontrollabili – narrative sui diritti e persino sulle relazioni tra i poteri, vi sono tuttavia degli strumenti che hanno – spesso discutibilmente – fornito degli elementi di chiusura dell'ordinamento. È interessante che questi siano elementi "esogeni", che muovono dall'esterno dell'ordinamento e del fenomeno giuridico strettamente inteso, ma capaci di esercitare su di esso una forte pressione di contenimento.

Contenimento che solo in seguito è stato almeno parzialmente costituzionalizzato.

Qui valga riferirsi al coordinamento finanziario e al diritto della concorrenza, che hanno avuto un impatto chiaro sullo stato sociale, sull'intervento statale nel campo dell'economia e sulla medesima regolazione dei mercati. Ancora la Corte costituzionale è stata un'interprete privilegiata di questi fattori, cui ha dato quasi costantemente accoglienza, facendo prevalere ragioni di natura economico-finanziaria sia sui diritti sociali sia sulle competenze regionali. In breve, la sostenibilità del *welfare* ha prevalso sia sui suoi contenuti[10], sia sulla sua articolazione territoriale.[11]

Il coordinamento finanziario, avvenuto in forte adesione agli orientamenti del diritto UE, e prima ancora a indicazioni provenienti da istituzioni globali di controllo e indirizzo economico-finanziario, è divenuto uno strumento pervasivo, la cui finalità ha condotto a corposi interventi statali a contenere gli impegni finanziari regionali e locali, attraverso norme di dettaglio, fortemente strutturate, anziché di principio: questo talvolta è successo in contrasto con il testo costituzionale, in base al quale allo Stato spettano invece proprio soltanto i principi di coordinamento finanziario.

La tutela della concorrenza ha replicato questo fenomeno: la Consulta ha legittimato una lettura largamente orientata sul modello europeo della concorrenza, quando è stata coinvolta.[12] In questo modo, ha rimarcato di voler recepire la sensibilità del diritto dell'Unione europea, prima ancora che garantire la tenuta del sistema economico per ragioni di coerenza interna all'ordinamento nazionale.

Essa ha dimostrato uno sforzo maggiore nel legittimare gli interventi

10 G. Rivosecchi, *Diritti e debiti. Uguaglianza e sostenibilità dello Stato costituzionale contemporaneo*, in A. Pin, *op. cit.* p. 77 ss.

11 M. Belletti, *Percorsi di ricentralizzazione del regionalismo italiano nella giurisprudenza costituzionale. Tra tutela di valori fondamentali, esigenze strategiche e di coordinamento della finanza pubblica*, Roma, 2012.

12 *Ex multis*, si veda Corte Giust., 18 ottobre 2007, n. 441.

normativi statali esecutivi o attuativi di dettati europei, piuttosto che canalizzare tali sforzi rendendoli coerenti con la struttura costituzionale. In breve, nel campo economico-finanziario, la giurisprudenza costituzionale ha legittimato un intervento pervasivo dello Stato nei confronti del sistema delle autonomie e dei diritti sociali, nonostante la Costituzione ne limitasse il ruolo al campo dei principi; qui il “discorso” si è fatto più puntuale di quanto fosse costituzionalmente ammesso, ma probabilmente preciso quanto lo esigevano le circostanze economico-finanziarie.

Ricerche giuridiche [online] ISSN 2281-6100
Vol. 4 – Num. 1 – Giugno 2015 – Supplemento

In margine a un testo esplicito
Frammenti di una lettura filosofico-giuridica del saggio di A. Gentili, *Il diritto come discorso*

Maurizio Manzin
(Professore ordinario di Filosofia del diritto nell'Università di Trento; Presidente del Centro di Ricerche sulla Metodologia Giuridica – CERMEG)

Sommario 1. Il libro e il suo Autore. – 2. La questione linguistica. – 3. La questione interpretativa. – 4. La questione argomentativa. – 5. Conclusione.

1 Il libro e il suo Autore

La singolarità del mio incontro con l'Autore di *Il diritto come discorso* impone qualche precisazione di natura autobiografica. Ho conosciuto Aurelio Gentili nell'ambito di quell'iniziativa che ogni anno si organizza presso la Facoltà giuridica di Trento: le *Giornate Tridentine di Retorica*, nella quale si affrontano temi legati al ragionamento giuridico in generale, e a quello processuale in ispecie[1]. È un'occasione in cui si confrontano studiosi di teoria del diritto, specialisti della dottrina e autorevoli operatori legali (magistrati, avvocati, notai). Ma in cui, soprattutto, si confrontano temperamenti filosofici diversi: alcuni di matrice più "continentale", altri di matrice chiaramente "analitica". In questo senso, l'incontro con Aurelio è stato anche – al di là della reciproca amicizia che si è subito instaurata – incontro di uno studioso d'impostazione analitica attento a temi ed autori continentali (lui), con un collega d'impronta continentale assai curioso verso temi ed autori analitici (io). A coronare questa convergenza, una serie di *topics* in comune: la metodologia giuridica, l'argomentazione, il ragionamento giudiziale, la deontologia professionale. Gli ingredienti per un sodalizio scientifico, insomma, c'erano tutti.

Voglio dire subito che il libro di cui qui si discute è, innanzitutto ma non banalmente, un libro che *si legge bene*, scorrevole, a tratti avvincente. Con penna felice, l'Autore espone le sue tesi sulla discorsività del diritto (sostanzialmente, una tesi o plesso di tesi per ogni capitolo) in modo diretto,

1 Le «*Giornate Tridentine di Retorica*» costituiscono una delle principali attività scientifiche del CERMEG – Centro di Ricerche sulla Metodologia Giuridica (cfr. http://www.cermeg.it).

conducendo il lettore al nocciolo dei problemi, senza girarci attorno. Ed è anche un libro *coraggioso*, perché presenta ai suoi primi destinatari – gli studenti di giurisprudenza – un panorama solitamente disatteso dalle trattazioni manualistiche, non solo di diritto privato, per lo più attente ad una costruzione tutta scolastica delle questioni, che nella prassi si trova menomamente rispecchiata.

Infine, è un libro *utile*, perché, come dirò tra poco, mantiene costantemente in contatto la teoria giuridica con la pratica del diritto (che è, elettivamente, quella giudiziale).

È mia convinzione che queste caratteristiche siano dovute all'essere Aurelio Gentili un particolare tipo di studioso del diritto privato, in cui si riconoscono due tratti fondamentali: primo, egli riesce a combinare tre ordini diversi di competenze (quella del teorico del diritto, quella del giurista di dottrina, quella del giurista di foro), distinguendosi in ciascuna di esse; secondo, egli applica l'analisi dei concetti che gli derivano da scienza ed esperienza, alla didassi del giure privato (mostrando che la reciproca alimentazione di ricerca, didattica e pratiche, *è* possibile).

Come ho indicato nel titolo, quello che tenterò di fare in questa sede con il saggio di Aurelio è, per certi aspetti, la versione *a contrario* dell'insegnamento di un autore a me caro: Nicolás Gómez Dávila. Egli aspirava infatti, con la sua opera, a far trasparire in filigrana il «testo implicito» di un libro mai scritto, poiché ne scrisse solo, deliberatamente, le glosse marginali, costituite di frammenti e puntuti aforismi[2]. Ciò che io mi propongo, invece, è l'inverso: tratteggiare un possibile "contesto implicito", inevitabilmente frammentario, a partire dal libro – realissimo ed esplicitissimo – di Aurelio. Ecco perché non mi soffermerò, come pure usa, su qualche suo luogo particolare, per criticare o approvare, ma proverò a indovinarne lo sfondo, fatto di temi e problemi.

Naturalmente, non avrei né il tempo né, soprattutto, la capacità per indicarli tutti. Ne individuerò pertanto solo alcuni (ma significativi), fondamentalmente legati a tre questioni maggiori: la questione linguistica, la questione interpretativa, la questione argomentativa.

2 La questione linguistica

L'architettura di *Il diritto come discorso* non dichiara, ma presuppone, un fondamento che ha natura metafisica. Su questo punto sarò brevissimo, ma lo voglio segnalare perché fa parte della "convergenza", di cui dicevo sopra, fra studiosi di diversa impostazione epistemica. Si tratta dell'invincibilità per la quale *non possiamo dire che esista un fenomeno sintatti-*

2 Cfr. N. Gómez Dávila, *In margine a un testo implicito*, Milano, 2001.

camente, semanticamente e pragmaticamente designato come "diritto", all'infuori dei discorsi che lo dicono.

Perché, ovviamente, se lo dicessimo, sarebbe *già* un discorso. Non è un'invincibilità semplicemente logica, come può apparire, perché svela una situazione nella quale il discorrere ha una natura anticipatrice: alla quale, cioè, non ci si può sottrarre; in cui si sta (cito un autore caro ad Aurelio) «come il bruco nella mela». Ben lo sapevano i classici, i filosofi greci in particolare, che utilizzavano il desueto e poco "analitico" termine di *logos* per renderne conto. I singoli discorsi (anche quelli *del* e *sul* diritto) non sono il semplice "prodotto segnico" di soggetti razionali (i giuristi), secondo un dualismo cartesianeggiante di soggetto "cogitante" ed oggetto "esteso". Se si vorrà evitare la circolarità della *regressio ad infinitum*, si dovrà riconoscere in quei discorsi l'antecedenza (la trascendenza) di una condizione di significanza, non prodotta ma sempre sussistente, che è il *logos* stesso, in cui ha luogo ogni possibile designazione. Il diritto, insomma, si dice «come discorso» in senso radicale: una radicalità tale da possedere valenza metafisica.

3 La questione interpretativa

Va detto a chiare lettere che *argomentare in diritto non è soltanto interpretare* (l'attività interpretativa è *una parte* dei processi argomentativi), e l'argomentazione non comporta l'esclusione della deduzione (come riteneva, ad esempio, Perelman, quando attribuiva i separati e alternativi compiti del *persuadere* alla prima e del *convincere* alla seconda). Su tale questione mi soffermerò un po' più a lungo.

Immaginiamo la tipica situazione della controversia giudiziale, nella quale, in merito a un certo fatto, Tizio dice *p* e Caio dice *q*, dovendo il giudice Sempronio stabilire quale dei due discorsi sia "vero". Formulerò un caso immaginario e apparentemente elementare. Dice Tizio (o meglio, il suo avvocato): «ci sono rami che dal fondo di Caio si protendono nel mio, danneggiando la recinzione e impedendo il passaggio rasente. Caio deve provvedere a sue spese, ripristinando la situazione *qua ante* e mantenendola tale». Replica Caio (o meglio, il suo avvocato): «nossignore, i rami stanno sul suo fondo, ci pensi lui». Tizio e Caio non stanno discutendo al bar, non si tratta di una semplice conversazione polemica: il processo è un contesto che possiede certe caratteristiche (dirò poi meglio quali), prima fra tutte la posizione di quel "terzo" imparziale che deve decidere chi, fra i litiganti, abbia ragione – chi dica il "vero". Ora, per una tradizione risalente ad Aristotele, *è vero quel discorso che appare come la conclusione necessaria di determinate premesse, senza l'aggiunta di ulteriori elemen-*

ti[3]. Mi riferisco, naturalmente, al sillogismo, che è la forma secondo cui saranno "tagliati" i ragionamenti delle parti (prima) e del giudice (poi).

Ecco il possibile sillogismo di Tizio: premessa maggiore – esiste una disposizione di legge (art. 896 c.c.) che impone per tutti i casi assimilabili a questo un certo comportamento, ossia tagliare i rami sporgenti dal proprio fondo; premessa minore – questo è un caso assimilabile, datosi che lo sporgere dei rami fa parte delle situazioni regolate dalla norma; conclusione – Caio deve provvedere. Questo è il discorso *p*.

Ed ecco il possibile sillogismo di Caio: premessa maggiore – d'accordo, esiste una disposizione di legge (art. 896 c.c.) che impone per tutti i casi *assimilabili a questo* un certo comportamento; premessa minore – ma *questo non è un caso assimilabile*, poiché non vi è un'invasione di fondo, né deriva a Tizio alcun danno simile a quelli denunciati; conclusione – Caio non ha nulla a cui provvedere. L'avvocato di controparte, in sostanza, non nega la premessa in diritto, ma contesta la ricostruzione del fatto. Invero, egli avrebbe anche potuto agire diversamente: mantenendo, cioè, la premessa minore, ma negando la maggiore – individuando, ad esempio, un'altra disposizione, oppure interpretando l'art. 896 c.c. in modo tale che la norma ottenuta non s'attagli al caso in esame. Sia come sia, la conclusione non cambierebbe – Caio non ha nulla a cui provvedere. Questo è il discorso *q*.

Come si vede, quali che siano i percorsi argomentativi proposti da attore e convenuto, in ogni caso, per risultare ragionevoli e persuasivi agli occhi del giudice, essi tenderanno ad assumere la forma del sillogismo: se *x* e *y*, e null'altro, allora *z*. E cos'è questa, se non un'inferenza di tipo deduttivo?[4] Perché tanta difficoltà ad ammetterlo? Naturalmente non è una deduzione operata in un contesto assiomatizzato (come quello, ad esempio, della dimostrazione matematica); il contesto giudiziale non si caratterizza per assunzioni previe, di natura stipulativa, capaci di stabilizzare il contenuto semantico dei termini e degli enunciati in uso. È un contesto segnato da indeterminatezze di vario genere (quali ambiguità, genericità e, soprattutto, vaghezza)[5], in cui i discorsi che vi hanno luogo esprimono finalità opposte in ordine alla determinazione delle premesse, imponendo una stratificazione di complesse operazioni logiche. Innanzitutto, i locutori debbono *trovare* una disposizione legale che si adatti al caso secondo il loro punto di vista (che è quello della parte), compulsando le fonti e scegliendo quella reputata più adatta (non solo le norme codificate,

3 Cfr. Aristotele, *Anal. pr.*, I, 1 24 b 17.

4 La premessa *x* consiste, infatti, in un'enunciazione di carattere generale (che prescrive determinate conseguenze per un'intera classe di condotte), la quale viene posta in relazione logica con la premessa *y*, consistente in un'enunciazione di carattere particolare (che individua una condotta come appartenente alla classe), deducendo così la conclusione *z*, ossia l'attribuzione della prescrizione prevista per la classe alla condotta particolare.

5 Cfr. utilm. in prop. M. Barberis., *Manuale di filosofia del diritto*, Torino, 2011, p. 72 ss.

ormai, ma anche quelle extra-legislative: giurisprudenza di ceto, *soft law*, ecc.). Trovata che sia la disposizione, essi dovranno *interpretare*, in modo da attribuirle un significato particolare ed opportuno fra altri possibili. Potrebbero anche trovare una serie di disposizioni diverse, dovendo, in tale evenienza, proporre un combinato il cui significato complessivo risulti utile alla condotta difensiva.

Fatto ciò – costituita, cioè, la premessa maggiore – gli avvocati di Tizio e di Caio faranno bene a provvedere anche un ragionamento in fatto, poiché tanto è arbitrario immaginare l'esistenza di una norma semanticamente univoca, quanto lo è ritenere che i fatti compaiano nel processo secondo una specularità perfetta tra *res* e *cognitio*. Non sono, infatti, scontate le modalità dei ragionamenti empirici vòlti alla rappresentazione del (presunto) fatto, nella misura in cui tali ragionamenti dipendono da una selezione circa le condizioni della verifica medesima. Nel caso qui immaginato, il (presunto) fatto della dannosa protrusione di ramaglie nel fondo di Tizio, si conosce come risultato di un'osservazione *a posteriori*, la quale implica una serie di chiarificazioni. *In primis*, la definizione dei termini (ad esempio, «ramo» nel senso di getti vegetali consistenti? o anche di esili steli? o di radici? «dannosi» perché fitti? o spinosi? o esteticamente brutti? «sporgenti» in che misura? ecc.). *In secundis*, la natura e l'estensione del campo di osservazione (la sola rete di recinzione? le fessure del muretto? la fascia di terreno adiacente? ecc.). *In tertiis*, la determinazione degli strumenti d'osservazione e il loro uso (foto? testimonianze dirette? e riferite a quale stagione dell'anno – in estate, nel tempo della massima fioritura, o in inverno, quando la vegetazione quasi scompare? ecc.).

In buona sostanza, la composizione del sillogismo giudiziale che, rispettivamente, Tizio e Caio (o meglio, i loro avvocati) vorrebbero fosse fatto proprio dal giudice, comportando l'organizzazione del discorso *p* oppure *q* in modo da farlo apparire necessario, cioè innegabile, implicherà una certa attività logico-interpretativa delle disposizioni legali, e fors'anche di atti documentali, ma non potrà limitarsi a questa. La costruzione delle premesse maggiore e minore del sillogismo, infatti, si articola in ragionamenti vòlti a giustificare criteri di ordine diverso: non solo interpretativi, ma anche sulle fonti, sulle condizioni della cognizione in fatto (incluse le escussioni testimoniali) e, più in generale, sulle varie opzioni probatorie.

4 La questione argomentativa

Riassumendo: gli avvocati di Tizio e di Caio, per rappresentare le pretese dei loro assistiti nei discorsi *p* e *q*, operano molte scelte diverse, frutto di una precisa *strategia processuale*, che riguarda le fonti normative, i termini, gli enunciati, la modalità delle descrizioni, le giustificazioni ecc. Così facendo, essi precostituiscono il materiale discorsivo e determinano la sua

successiva disposizione logica in forma di sillogismo. Tutta questa attività è *argomentazione*. Ed è argomentazione *giuridica* in quanto circoscritta al peculiare contesto giudiziale. Tale contesto si inquadra all'interno di un genere principale, che è quello del *dialogo* (Tizio discute con Caio), a sua volta caratterizzato in senso controversiale (è un dialogo in cui Tizio afferma, e Caio nega, una certa cosa), e più esattamente ancora nel senso della *controversia giudiziale* (Tizio e Caio – o meglio, i loro avvocati – si oppongono pubblicamente, per persuadere un "terzo" preposto alla decisione, il quale possiede l'autorità per formulare un sillogismo vincolante per entrambi)[6].

La peculiarità del contesto riguarda dunque, principalmente, i seguenti aspetti.

Pubblicità. La «situazione comunicativa» di un dialogo controversiale, istituzionalizzata o meno che sia (quella giuridica lo è, naturalmente), nella misura in cui aspiri a collocarsi in un contesto sociale, dovrà attenersi a una serie di regole razionali per la costruzione dei discorsi (alludo a quella situazione che alcuni autorevoli studiosi dell'argomentazione, primo fra tutti Frans van Eemeren[7], definiscono «*critical discussion*»), a cui saranno affiancate certe strategie di persuasione dell'uditorio («*strategic maneuvering*»). Queste ultime, secondo altri autori (come, ad esempio, Christian Plantin), potranno includere elementi di natura non solo logica, ma anche emozionale ed etica.

Terzietà. Attore e convenuto non aspirano a convincersi l'un l'altro, anche se "visivamente" dibattono fra loro. Si tratta, infatti, di *arguers* che mirano al "tritagonista" della situazione comunicativa – nel nostro caso, il giudice – il quale assiste al *polemos* argomentativo da una posizione "esterna". È quello che accade, ad esempio, durante un duello elettorale televisivo, in cui i due candidati in lizza propongono ciascuno le proprie tesi, controbattendo quelle del rivale, non certo per convincerlo della bontà delle proprie argomentazioni, quanto piuttosto per persuadere il pubblico degli spettatori-elettori. Questo tipo di "triangolazione" argomentativa è stato indagato soprattutto dagli studiosi d'Oltralpe, che al riguardo hanno appositamente coniato il termine di «*trilogue argumentatif*» per indicare, appunto, che non si tratta di una situazione comunicativa duale, anche se tale potrebbe *prima facie* apparire, ma di un «trilogo»[8].

Autorità. Con la differenza, però, che il giudice, diversamente dall'e-

6 Ho lungamente e in più luoghi discusso questo genere di argomentazione. La trattazione più estesa e recente si troverà in M. MANZIN, *Argomentazione giuridica e retorica forense*, Torino, 2014.

7 Mi riferisco qui soprattutto alle sue opere: F. H. VAN EEMEREN, R. GROOTENDORST, *Una teoria sistematica dell'argomentazione. L'approccio pragma-dialettico,* tr. it., Milano-Udine, 2008 e F. H. VAN EEMEREN, *Strategic maneuvering in argumentative discourse. Extending the pragma-dialectical theory of argumentation,* Amsterdam-Philadelphia, 2010.

8 Cfr. C. PLANTIN, *Le trilogue argumentatif. Présentation de modèle, analyse de cas*, in *Langue Française*, 1996, 112, p. 9 ss.

lettore, è legittimato dalle forme della volontà legislativa ad esprimere, in maniera diretta e non mediata, una decisione vincolante per le parti (mentre l'elettore non è obbligato a votare, né la sua opzione vale a sancire che un candidato abbia torto o ragione, poiché non obbliga nessuno dei due a nulla – tanto più in un regime istituzionale che non preveda vincolo di mandato). Occorre, tuttavia, sottolineare che l'autorità rappresenta, sì, il sigillo della decisione (ciò che la rende "performativa"), ma non può riassorbirne la razionalità, altrimenti non si comprenderebbe l'obbligo alla motivazione, nella quale si dovrebbero scorgere le valutazioni argomentative del giudice Sempronio in ordine ai discorsi *p* e *q* dei nostri avvocati di Tizio e di Caio.

Ora, la questione della razionalità della decisione giudiziale non è altra da quella argomentativa *tout court*. Non mi pare, infatti, che si possa distinguere e separare una «retorica della persuasione», essenzialmente condizionata da ragioni di strategia difensiva, e di natura ampiamente emozionale (scrive Aurelio Gentili nel suo libro: alimentata da una «finzione» di obbiettività), da una «retorica razionale» o «dell'obbiettività» (cito ancora da *Il diritto come discorso*), riservata al giudice (nella quale, pure, sarebbe celata una «finzione»: quella della coerenza logico-formale di discorsi che, invece, hanno natura più debolmente razionale – argomentativa, appunto – essendo orientati alla tutela di interessi soggettivamente opzionati dal giudice).

A mio modo di vedere, per parlare di «finzione» (quella dell'avvocato o quella del giudice), occorrerebbe precisare il "modello" violato, ossia rispetto a quale tipo di ragionamento essa costituisca una mimesi impropria. Rispetto a una *dimostrazione* (nel senso della dimostrazione apodittica illustrato da Aristotele)? Ebbene, tutti i soggetti processuali, come ho ricordato precedentemente, agiscono in un contesto diverso da quello scientifico, tipico dei ragionamenti formalizzati (come ad esempio la matematica), e, più esattamente, essi agiscono in un contesto nel quale *può* applicarsi la forma della deduzione logica (e di altre inferenze), sapendo però che la si applica a termini ed enunciati i quali, non essendo assiomi, sono affetti da indeterminatezze semantiche. Vi sarebbe «finzione», pertanto, solo nel caso in cui si pretendesse che i *loci* argomentativi godano di un'univocità semantica di tipo assiomatico (in termini aristotelici: se si fingesse che la retorica fosse l'analitica). Ma se il modello cessa di essere quello, inapplicabile in giudizio, della razionalità formale (categorica), per essere sostituito da quello della razionalità argomentativa (fronetica), allora non v'è «finzione» di sorta. Infatti, che gli avvocati di Tizio e di Caio custodiscano una tesi difensiva la quale precede la giustificazione, non è segno di cattiva o "finta" razionalità del loro operare (che perciò si abbandonerebbe volentieri alle sinuosità della persuasione "patetica"), ma è la caratteristica strutturale di tutte le «*critical discussions*», nelle quali si dibatte proprio a partire da uno «*standpoint*» (uso qui, ancora una volta,

i termini della Scuola di Amsterdam o «pragma-dialettica»). Quanto poi al giudice, alla luce del modello argomentativo a cui faccio riferimento, neppure lui "fingerebbe", poiché la sua «precomprensione» (ed ecco qui un termine dell'ermeneutica) di valori e interessi meritevoli di tutela non costituisce un vizio razionale del processo di giustificazione, ma ne è parte integrante; nella retorica classica, essa corrisponde alla fase topica dell'argomentazione: quella in cui si trovano le premesse del ragionamento.

Quello che mi preme ricordare, in questa sede come in altre, è che l'operazione del decidere (il sillogismo giudiziale formulato dal giudice Sempronio) non è operazione solitaria che si consumi a prescindere dai discorsi delle parti: essa, sì, in qualche misura razionale, o almeno *ragionevole*; ma quelli, inesorabilmente sempre pseudo-razionali e "patetici". No, non v'è sillogismo che il giudice Sempronio possa e debba formulare, se non dopo aver ascoltato e vagliato quelli ipotizzati dagli avvocati di Tizio e di Caio, *da essi soli* traendo il materiale per la sua costruzione argomentativa decisoria (e valgano a rafforzare quest'idea le norme costituzionali in materia di «giusto processo»).

Un lavoro complesso e difficile, indubbiamente, che procederà dalla verifica dei *loci* che sorreggono le argomentazioni delle parti, e dal controllo delle connessioni logiche fra essi, passando attraverso il confronto dialettico dei sillogismi difensivi, sino alla selezione e connessione finale delle parti uscite indenni dal vaglio. Un vero e proprio disassemblaggio e riassemblaggio logico, di cui si dovrà dar conto in motivazione, eventualmente inclusivo dei luoghi a connotazione etica (*ethos*) ed emotiva (*pathos*). Come ha scritto, infatti, Christian Plantin, anche le «emozioni» possono avere le loro «buone ragioni»[9].

L'argomentazione, insomma, in quanto esercizio della razionalità, è appannaggio tanto delle parti quanto del giudice, e in questa sorta di "convergenza" vedrei in certo modo realizzata l'aspirazione di Francesco Carnelutti a «vincere la tentazione dell'inimicizia» che insidierebbe sempre il processo (quello penale, nel suo caso: mi riferisco, infatti, alla sua celebre opera sui *Principi del processo penale*)[10]. Anche se, per il giurista friulano, tale tentazione «assai più che un problema tecnico è un problema morale», mentre io ritengo che debba invece essere vigorosamente salvaguardato l'aspetto «tecnico», consistente appunto nelle opportune misure argomentative.

9 Così il titolo del suo lavoro: C. Plantin, *Les bonnes raisons des émotions. Principes et méthode pour l'étude du discours émotionné*, Berna, 2011.

10 Uso l'edizione Napoli, 1960, p. 3.

5 Conclusione

Torno adesso alle considerazioni iniziali. Mi ero proposto di ricostruire qualche frammento significativo del “contesto implicito” che fa, o potrebbe fare, da sfondo al bel libro di Aurelio, utilizzando una tecnica narrativa inversa rispetto a quella di Gómez Dávila. I frammenti “recuperati” in questo modo, sono il frutto di una (ovviamente assai) fugace analisi delle questioni linguistica, interpretativa e argomentativa; ritengo che tutti trovino riscontro nelle pagine di *Il diritto come discorso*, anche se, in questa sede, mi sono limitato a ricordare espressamente solo le parti del testo in cui si forniscono elementi atti a discutere di dimostrazione in rapporto all’argomentazione (ovvero della distinzione fra *convincere* e *persuadere*), delle «finzioni» del giudice e di quelle dell’avvocato (ovvero della distinzione fra retorica «persuasiva» e «obbiettiva»), e della verità processuale (ovvero della distinzione fra verità come corrispondenza di enunciato e fatto, e verità argomentativa).

Si tratta di questioni cruciali, qui evocate soprattutto per le loro implicazioni epistemologiche riguardo alla teoria del processo. Il mio auspicio è che queste, sin troppo brevi, riflessioni e suggestioni possano almeno stimolare chi ancora non l’avesse fatto a leggere approfonditamente il libro.

Per ciò che mi concerne, esse rappresentano soprattutto un ulteriore motivo per prolungare l’amicizia intellettuale ed umana con il suo Autore, fornendo abbondanti pretesti di studio, discussione critica e conviviale incontro.

Ricerche giuridiche [online] ISSN 2281-6100
Vol. 4 – Num. 1 – Giugno 2015 – Supplemento

La giurisprudenza e l'innovazione dell'ordine giuridico
Ascesa e declino di un signore del diritto

Roberto Simone
(Magistrato)

Sommario 1. Conflitto fra formanti e giurisprudenza creatrice. – 2. Il declino dell'innovazione e la proposta alternativa di apertura a saperi esterni.

1 Conflitto fra formanti e giurisprudenza creatrice

La lettura del «Il diritto come discorso» mi ha confortato e, soprattutto, ha confermato un approccio operativo di cui mi sono avvalso, insieme a numerosi colleghi, in questi svariati anni di esercizio della giurisdizione qui a Venezia. Approccio, quest'ultimo, cristallizzato in una serie di articoli pubblicati sul *Foro italiano* sul tema «Europa e scienza giuridica»[1], dove si è portato in esponente come nel conflitto tra formanti (legislativo, dottrinale e giurisprudenziale) i signori del diritto da tre ormai siano ridotti a due (legislativo e giurisprudenziale), ma in ultimo anche il legislatore non sta poi così bene, considerata la sua inclinazione alla schizofrenia ed alla rapsodicità, e quant'altro possiamo immaginare. Non ultima l'incapacità di dar seguito ad una valutazione di impatto della regolamentazione, sebbene legislativamente prevista dalla l. 246/2005. Valga per tutti l'invenzione racchiusa nel d.l. 1/2012 delle sezioni specializzate in materia di impresa a costo zero, ma con tanto di declamata capacità di attrazione degli investimenti esteri.

Dunque, il legislatore spesso accenna ed il resto spetta all'interprete, se capace. In questo contesto, rimangono sulla scena solo i giudici, al punto che ha cominciato a prendere corpo la teoria della «dottrina delle corti», basata sulla vocazione del formante giurisprudenziale alla costruzione

1 E. Scoditti, *La scienza giuridica e i signori del diritto*, in *Foro it.*, 2012, V, c. 241 ss.; R. Caponi, *Diritto della scienza e scienza del diritto*, *Foro it.*, *cit.*, c. 244 ss.; M. Granieri, R. Pardolesi, *Ma i tre signori del diritto sono rimasti in due?*, *cit.*, c. 247 ss.; G. Grasso, *La scienza giuridica europea e le professioni legali: dalla conoscenza alla consapevolezza*, *cit.*, c. 249 ss.; A. Palmieri, *Il destino della scienza giuridica in Europa: reinventarsi per non essere sopraffatti?*, *cit.*, c. 251 ss.

sistemica ed autoreferenziale[2]. Una chiara epifania di questa giurisprudenza, che si fa dottrina, è data da Cass. 10741/2009[3], dove "il discorso" della giurisprudenza normativa è enunciato a chiare lettere. Nello stesso solco, e sicuramente ancor più dotata di vocazione creatrice, si colloca Cass. 16754/2012[4] sulla vita dannosa. La tendenza della giurisprudenza, a dispetto della nostra cultura (accademica e non) giuspositivistica, verso una deriva creatrice è ormai radicata nelle aule di piazza Cavour.

C'è un passaggio molto suggestivo nel libro del professor Gentili a proposito di «quello che i giudici dicono e quello che fanno realmente», che riprende appieno la divaricazione tra declamazioni e regole operazionali e che in qualche maniera mi è capitato di esorcizzare nel corso di un procedimento, durante il quale, nel bel mezzo di un complicato tentativo di conciliazione, ebbi a riferire «quello che oggi stiamo dicendo non sarà poi valorizzato ai fini della decisione» e che non esiste una giurisdizione di doppio livello, ossia il convincimento del giudice e la motivazione della sentenza si basano solo sulle prove raccolte in contraddittorio e non su precomprensioni. Le parti, non gli avvocati, rimasero attonite, riuscii a essere molto ermetico, ovviamente l'aggiudicazione della lite fu molto diversa da come si stava delineando l'accordo conciliativo.

Nondimeno, molto spesso nel discorso dei giudici c'è un notevole divario tra quello che si dice e quello che si fa realmente. Molto spesso si innova il sistema, pur dicendo di essere assolutamente coerenti con la precedente giurisprudenza, collocandosi apparentemente all'interno di una logica molto formalista, dogmatica.

Ora, al di là di inclinazioni più o meno creatrici della giurisprudenza, anche con il materiale dato, cioè con il sistema dato di norme, si può cambiare significativamente l'ordinamento normativo. Si pensi a cosa è successo in tema di distribuzione dell'onere della prova ed alla parabola della responsabilità medica (si legga ad esempio Cass. 6735/2002[5] in stretta linea di derivazione da Cass. S.U. 13533/2001[6]). Sennonché, l'ascesa vorticosa del contenzioso in campo sanitario deve ora confrontarsi con un muta-

2 *La giurisprudenza fra autorità e autorevolezza: la dottrina delle corti*: A) G. M. Berruti, *La dottrina delle corti*, in *Foro it.*, 2013, V, c. 181 ss.; B) C.M. Barone, *«Dottrina» delle corti e funzione nomofilattica*, *cit.*, c. 184 ss.; C) R. Pardolesi, M. Granieri, *Dottrina delle corti e disimpegno dei giuristi*, *cit.*, p. 187 ss.; D) E. Scoditti, *Il diritto fra fonte e interpretazione*, *cit.*, c. 189 ss.

3 Cass., 11 maggio 2009, n. 10741, in *Foro it.*, 2010, I, c. 141 ss., annotata da A.L. Bitetto, F. Di Ciommo.

4 Cass., 2 ottobre 2012, n. 16754, in *Foro it.*, 2013, I, c. 181 ss., annotata da A.L. Oliva.

5 Cass., 10 maggio 2002, n. 6735, in *Foro it.*, 2002, I, c. 3115 ss., annotata da A. Palmieri, R. Simone.

6 Cass. Sez. Un., 30 ottobre 2001, n. 13533, in *Foro it.*, 2002, I, c. 769 ss., annotata da P. Laghezza; in *Contratti*, 2002, p. 113 ss., annotata da U. Carnevali.

mento in senso inverso del pendolo. Il rigore di Cass. S.U. 577/2008[7] pare cominciare ad incrinarsi se si legge quanto riportato in Cass. 7269/2013[8]. Quando ormai sembrava che il medico e le strutture fossero letteralmente spiazzate ed esposte al pericolo di una pressoché totale rilevazione dall'onere della prova a carico del paziente, la Cassazione, riutilizzando l'assetto normativo attuale, ha ricominciato a risospingere il pendolo in senso inverso, riportando la prova del nesso causale sul paziente.

L'idea panglossiana secondo cui questo è il migliore dei mondi possibili, ossia che il nostro ordinamento è sensibile verso l'innovazione ed è sempre in sintonia con le trasformazioni sociali è messa a dura prova. Infatti, molto spesso per dirla con Watson[9] il sistema è pieno di norme anacronistiche, anche se spesso ci sforziamo di adeguarle. Da questo punto di vista, al netto dei nostri limiti culturali, la svolta aziendalista imposta da programmi di smaltimento degli arretrati, che è figlia della tendenza, assai criticabile, ad inseguire la domanda di giustizia, piuttosto che contenerla, nell'impossibilità di far ricorso alla legge della domanda e dell'offerta con tanto di crescita del prezzo del servizio in linea l'aumento della domanda, finirà per incidere sulla qualità del servizio.

Indubbiamente con il sistema normativo dato e con un approccio interpretativo alternativo del diritto sono state coniate soluzioni molto innovative. Si pensi all'impiego dell'art. 844 c.c., pensato in origine per risolvere conflitti microeconomici, come strumento per la lotta all'inquinamento, ma nella logica del tutto o niente. Solo negli ultimi lustri il legislatore ha scoperto un nuovo interesse sul fronte della tutela dell'ambiente, sì che l'art. 844 c.c. è tornato al suo ruolo di strumento per dirimere il conflitto fra usi incompatibili di fondi contigui con la marcia in più della tecnica indennitaria.

Sarebbe bastato rileggere l'articolo di Ronald Coase[10] sul problema dei costi sociali in tema di esternalità negative delle attività produttive e sulla possibilità di conseguire una situazione di equilibrio economicamente efficiente assecondando lo sviluppo della produzione fino a che il sistema, al netto delle precauzioni, è in grado di generare degli utili. Questo sarebbe stato sufficiente per attenuare gli effetti dannosi di qualche ciminiera antiquata, per risparmiare qualche vita e alleggerire la tensione sulle corti (Ilva *docet).*

7 Cass. Sez. Un., 11 gennaio 2008, n. 577, in *Foro it.*, 2008, I, c. 455 ss., annotata da A. Palmieri; in *Nuova giur. civ. comm.*, 2008, I, p. 612 ss., annotata da R. De Matteis.

8 Cass., 22 marzo 2013, n. 7269, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2013, I, p. 1082 ss., annotata da R. Pucella; in *Danno e resp.*, 2013, p. 1072 ss., annotata da C. Treccani.

9 A. Watson, *Evoluzione sociale e mutamenti del diritto*, Milano, 2006.

10 R.H. Coase, *The Problem of Social Cost*, in *Journal of Law & Economics,* 1960, p. 1 ss.

2 Il declino dell'innovazione e la proposta alternativa di apertura a saperi esterni

Sta di fatto che da un po' di tempo l'inclinazione all'innovazione si è appannata. Pensiamo al caso del danno non patrimoniale dello straniero, rispetto al quale si operava una riduzione sul piano della quantificazione sul presupposto che a fronte di un minor costo della vita nel paese di origine, la compensazione potesse essere a questo ragguagliata. In termini più crudi, sul piano della funzione compensativa della responsabilità civile, la morale era presto detta: se devi investire qualcuno è meglio che sia un extracomunitario, perché costa di meno. Dal punto di vista della funzione deterrente della responsabilità civile la soluzione indicata è del tutto irrilevante se non controintuitiva. Bisogna ridurre al minimo il numero di incidenti e non possiamo sapere *ex ante* chi sarà investito e, quindi, mitigare il risarcimento genera solo un effetto di sotto deterrenza.

Ancora, per Cass. 1183/07[11] la responsabilità civile ha solo funzione compensativa ed è indifferente alla responsabilità civile la posizione del danneggiante. Che dire allora di certe rigidità sul piano della liquidazione del danno in ambito contrattuale e qui Cass. 21255/13[12], invece, fornisce più di un dato su come si possa liquidare un danno a prescindere dal suo inquadramento contrattuale o extracontrattuale.

Ce lo ricordava prima il professor Gentili, l'uso dell'argomentazione è servito a consentire la risarcibilità del danno biologico, perché il sistema tabellare di origine pisana ha permesso di pervenire ad una valutazione economica *ex post* del bene salute. Oggi, tuttavia, siamo prigionieri della nuova dogmatica del danno non patrimoniale. Le sentenze di San Martino, nel marcare le polarità del patrimoniale e del non patrimoniale, muovono dal rilievo secondo cui quest'ultimo è la lesione di un interesse privo di rilevanza economica. Ciò non è punto scontato, poiché la lesione di un interesse non patrimoniale può determinare conseguenze tanto patrimoniali, quanto non patrimoniali. La perdita della funzionalità di un mignolo avrà conseguenze devastanti, anche sul piano patrimoniale, se a subirla è un affermato violinista. Nondimeno, la possibilità di misurare secondo parametri economicamente oggettivi, pur sempre approssimativi (quale sistema risarcitorio non lo è ?), le conseguenze di una lesione ad un interesse non patrimoniale, e non le sue ricadute sull'attitudine a produrre

11 Cass., 19 gennaio 2007, n. 1183, in *Foro it.*, 2007, I, c. 1460 ss., annotata da G. PONZANELLI.

12 Cass. civ., sez. III, 17-09-2013, n. 21255, in *Foro it.*, 2013, I, c. 3121 ss., annotata da G. COSTANTINO, A. PALMIERI; in *Danno e resp.*, 2014, p. 123 ss., con note di A. PALMIERI, R. PARDOLESI, A. ROMANO, G. IMPAGNATIELLO, G. VETTORI, G. LENER, B. TASSONE, R. SIMONE, P. SANTORO, G. PONZANELLI, P.G. MONATERI.

reddito, non trasformano in termini patrimoniali questo danno.

L'approdo a questa prospettiva consentirebbe di dare il giusto peso alla perdita della vita andando oltre l'attuale sistema, che lo si voglia o no, basato sulla teoria del capitale umano (ce lo ricorda da ultimo il film di Paolo Virzì) e si supererebbe l'assurdità di ammettere il risarcimento in presenza di una lesione minore, salvo negarlo in presenza di una maggiore qual è la perdita della vita.

Per fare questo bisogna sudare e aprirsi a saperi esterni. È questo l'insegnamento del libro del professor Gentili. Il sistema muta e si adegua alle trasformazioni della società se si apre a saperi esterni, se perde la sua autoreferenzialità.

Ricerche giuridiche [online] ISSN 2281-6100
Vol. 4 – Num. 1 – Giugno 2015 – Supplemento

Intervento programmato

Diego Manente
(Avvocato. Professore a contratto di Diritto commerciale e dell'economia nell'Università Ca' Foscari Venezia)

Il bel libro del Prof. Gentili «Il diritto come discorso» mi sollecita una riflessione che muove dal mio punto di osservazione di avvocato, e, in particolare, di avvocato civilista.

L'art. 2 della l. n. 247 del 2012 di riforma dell'ordinamento professionale forense sancisce che l'avvocato «ha la funzione di garantire al cittadino l'effettività della tutela dei diritti». È, questa, la funzione sociale dell'avvocato.

L'avvocato civilista attua questa funzione – là dove sia necessario ricorrere alla giurisdizione – anche attraverso lo sforzo di far individuare la regola del caso concreto portato all'attenzione del giudice, e nella specie quella che ritiene più favorevole al proprio cliente.

Il meccanismo processuale utilizzato è il contraddittorio, quale strumento tendenzialmente migliore possibile per arrivare alla determinazione della regola del caso da parte del giudice.

Se è così, se quindi l'avvocato ha istituzionalmente questa funzione e se è vero che il "diritto" non è solo "la legge", ma il "diritto vivente", che è il più complesso prodotto dei tre formanti dell'ordinamento (legislazione, dottrina, giurisprudenza), è evidente che, nell'ambito del formante "giurisprudenza", un ruolo decisivo spetti non solo al giudice, ma anche (e, forse, principalmente) all'avvocato.

È l'avvocato, infatti, che, nella difesa del caso concreto, è chiamato, prima del giudice, a confrontarsi con scelte interpretative, anche inedite, in dialogo continuo con la dottrina e la giurisprudenza e a introdurle nel processo.

Se questo è dunque il ruolo dell'avvocato, il libro del prof. Gentili rappresenta, per certi versi, anche un manuale per l'esercizio della professione forense, perché, tra gli strumenti di cui l'avvocato deve disporre per esercitare al meglio la sua funzione nella prospettiva appena ricordata, sono certamente essenziali la tecnica dell'argomentazione, il linguaggio e le tecniche di comunicazione. L'uso appropriato e consapevole di queste tecniche diventa, in altri termini, uno dei presupposti per garantire l'effettività della tutela dei diritti cui parlavamo prima.

In sostanza, si realizzerà l'effettività di quella tutela solo se e in quanto i tre soggetti propulsori del processo, i difensori delle parti contrapposte e il giudice, siano tutti all'altezza del ruolo.

A questo punto è inevitabile un interrogativo: la formazione degli avvocati è stata fatta finora in modo appropriato? L'avvocato usa le parole (verbali e scritte) come strumento fondamentale del suo lavoro, ed altrettanto fa della comunicazione, ma nel suo percorso formativo non era previsto l'insegnamento delle tecniche per l'efficace utilizzo di questi strumenti.

Assai opportunamente, perciò, la legge di riforma, all'art. 43, ha previsto che il contenuto dei corsi di formazione, in quanto essenziali per l'accesso alla professione, debba comprendere anche l'insegnamento del linguaggio giuridico, della redazione di atti giudiziari, della tecnica impugnatoria dei provvedimenti, della tecnica di redazione dei pareri e ha stabilito all'art. 46, come criterio di valutazione per il superamento dell'esame di avvocato, anche la dimostrazione della conoscenza delle tecniche di argomentazione e persuasione.

In conclusione, il libro del Prof. Gentili intercetta i bisogni formativi degli avvocati essenziali per realizzare al meglio quello che è il loro compito, la loro funzione sociale.

Ricerche giuridiche [online] ISSN 2281-6100
Vol. 4 – Num. 1 – Giugno 2015 – Supplemento

Replica

Aurelio Gentili
(Professore ordinario di Istituzioni di diritto privato
nell'Università degli Studi Roma Tre)

1 Un doveroso ringraziamento

Sono un fautore del diritto come discorso ma non del discorso come diritto: credo perciò che ai cortesi commenti al mio libro, che precedono, sia dovuto un ringraziamento ampio, ma una replica breve.

Il mio ringraziamento consiste anzitutto nel dichiarare gratitudine per l'attenzione e la cura con cui tanti studiosi di discipline diverse si sono dedicati alla lettura ed al commento del libro: questo mi lusinga immensamente. Ma realisticamente credo di doverlo molto meno all'interesse di ciò che ho scritto e molto più da un lato alla curiosità intellettuale di così colti lettori, e dall'altro alla cortesia ed efficacia con cui Carmelita Camardi li ha chiamati a pronunciarsi (ed a lei va un grazie particolare).

Consiste poi anche nell'esprimere apertamente ammirato stupore per l'esatta penetrazione con cui tutti i commentatori hanno colto, in un discorso alquanto frammentario (il libro come si può vedere è una raccolta di saggi nati in epoche ed occasioni diverse), le linee portanti della tesi che tutti li ispira: come autore non sono legittimato a valutare quanto la raccolta sappia esprimere nella trattazione di temi particolari il disegno generale, ma posso constatare che, sia esso o no nella scrittura, lo ritrovo comunque nella lettura che ne è stata fatta.

E consiste infine, e forse soprattutto, nella gratitudine per l'atteggiamento estremamente benevolo di tutti i commentatori (e per questo non li chiamo "critici"), che anche quando manifestano su qualche punto un garbato dissenso, ciò fanno con solidarietà per l'approccio del libro, quasi a mostrarmi come quel che nel complesso sostengo possa essere reso più solido da qualche rettifica su aspetti particolari. Le accetto senz'altro e volentieri.

A tutti dunque io desidero dire che averli avuti per lettori è la maggiore ricompensa che l'autore potesse desiderare per la sua fatica. Grazie.

2 Che cosa intendo con la formula del diritto come discorso

Ma veniamo al merito. Debbo ripartire dalla constatazione del largo consenso che presso i miei commentatori ha incontrato – meravigliandomi un po' – la tesi del diritto come discorso. La tesi, cioè, che nel diritto non vede una fenomenologia di fatti (giuridici) che producono effetti (giuridici), ma piuttosto di discorsi – del legislatore – e metadiscorsi – dei funzionari, dei giudici, dei giureconsulti, e dei privati – su quei fatti. Discorsi che confluiscono nell'unitario discorso del "giurista": il "diritto". Discorso – questo – prescrittivo, il cui oggetto finale è sempre stabilire a questo o quel proposito (quello appunto dei fatti volta a volta considerati) chi possa o debba fare cosa; fermo restando che di questi poteri e doveri quel discorso giustifica, in caso di inottemperanza e quando tutte le obiezioni razionali ad essi siano dal discorso stesso superate, la coazione. Diritto è dunque per me il discorso prescrittivo che – tutto razionalmente soppesato – rende giustificata la forza.

È questa, in poche parole, l'idea centrale del libro. È in questo senso che esso propone di sostituire nella nostra visione del diritto gli argomenti ai fondamenti. È per questo approccio che rifiuta l'idea di una scienza giuridica 'cognitiva', che cioè pretenda di constatare i fatti e gli effetti giuridici, in favore di una scienza giuridica prescrittiva, che cioè dapprima constati – questo sì, ovviamente – i fatti materiali e i testi normativi, ma da qui in poi ne argomenti il senso secondo una razionalità pratica. È, infine, per queste ragioni che il libro disconosce la tesi del sistema dato a priori, fatto di norme e di diritti o obblighi, a favore di un sistema attinto solo a posteriori, a partire dai testi delle disposizioni e dalle pretese dei singoli, ottenuto attraverso il confronto razionale delle alternative possibili. Un sistema in concreto rintracciabile sempre e solo nell'orizzonte del caso, in cui l'*ordo ordinans* che è intrinseco al diritto in quanto discorso razionale, si manifesta in luogo dell'*ordo ordinatus* che la visione tradizionale pretenderebbe esistere nel dato positivo e che l'esperienza ci dimostra non essere che un mito.

A questa idea di fondo, mi è parso, i miei commentatori concedono un sostanziale consenso. Non tanto, o non necessariamente, adottandola come nuova teoria giuridica, alla stregua di quelle che la storia ha conosciuto (quelle, per capirci, del tipo "il diritto è norma", "il diritto è istituzione", "il diritto è quello che i giudici fanno"). Non cioè come una tesi ontologica. Piuttosto come una tesi epistemologica. Quale effettivamente è.

È una tesi nata da banale buon senso, che muove da una duplice elementare constatazione. Che non c'è nulla *in rerum natura* che noi possiamo additare a chi ci interroga per mostrargli il diritto (possiamo additare il proprietario e la cosa, il reo e la vittima, ma non la proprietà o il reato). E che però da oltre due millenni ci capiamo quando parliamo di diritto (anche se ci accapigliamo sul vero diritto). E ne conclude che, stando così le cose, bisogna per forza che il diritto sia nel discorso che ne parla e non nei fatti di cui parla.

Questa idea, espressa frammentariamente ai diversi propositi cui sono dedicati i diciannove saggi che compongono il volume, è acutamente compresa dai suoi commentatori, e da essi discussa a volte in via diretta a volte con riguardo all'uno all'altro tema particolare, a volte applicata a temi in sé estranei al libro. Mi si perdoni il compiacimento, ma non posso non pensare che già questo successo basti a giustificare che io abbia consumato trecento fogli di buona carta.

3 Un metodo discorsivo razionale come alternativa al dogmatismo e al nichilismo

A questa tesi i miei acuti commentatori prestano, di massima, consenso ben consci degli effetti corrosivi che quelle banali constatazioni possono avere sulla corrente visione giuspositivistica, per la quale il diritto invece è un sistema di leggi e fatti, dato a priori, in cui l'interprete scopre nella norma quale effetto giuridico consegua per volontà di legge a ciascun fatto giuridico. Come credere ancora che il discorso del giurista dipenda dalla "realtà giuridica" se comprendiamo che non c'è altra realtà giuridica che il discorso del giurista?

Il punto è sommamente rilevante. Intendiamoci: sono del tutto consapevole del fatto che la critica al dogmatismo tradizionale implicata dal punto di vista che propongo è stata fatta da altri prima e meglio di me. Ma sono anche e soprattutto consapevole del fatto che cogliendo il suo risultato quella critica ha lasciato molti ex-dogmatici smarriti e sconsolati, facendoli volgere a radicale nichilismo, quasi a voler dire «Il Diritto è morto! Tutto è permesso!».

Ebbene, io non la penso affatto così. Per me la critica al dogmatismo è importante, certamente, ma più importante è la via d'uscita tutt'altro che nichilista cui la tesi del diritto come discorso conduce.

Penso che il nichilismo sia esito inevitabile solo a chi muove dalla fede acritica nei Dogmi (la "realtà giuridica") e poi scopre che tutto ciò è solo mito. Quel dogmatico pentito inevitabilmente scopre che i fatti giuridici ora producono e ora non producono gli effetti giuridici (pensiamo ai contratti simulati, allo stellionato, al risarcimento del danno non patrimoniale come era ieri e come è oggi); scopre che non c'è la Norma ma solo le tante diverse interpretazioni della disposizione (pensiamo alla trascrizione dei matrimoni *same sex*, ieri inesistenti, oggi solo inefficaci ma – dice l'ultima giurisprudenza – suscettibili come formazioni sociali di una tutela di singole situazioni equivalente a quella matrimoniale); scopre che chi ha il diritto talora non ha diritto (pensiamo all'esercizio del diritto soggettivo tacciato di essere piuttosto un abuso del diritto).

Ma tutto ciò, secondo me, sconfessa il dogmatismo, non la dogmatica

(ma io preferirei chiamarla "il metodo razionale"). Pensare il diritto come discorso è solo, in via preliminare e nella *pars destruens*, un modo per smettere di pensarlo in modo dogmatico; in via sostanziale e nella *pars construens* è anche e soprattutto un modo per continuare a pensarlo in maniera razionale. Un modo cioè per contrastare quel libertinaggio argomentativo ormai purtroppo imperante che fa dire (per esempio) che gli atti di destinazione patrimoniale atipica valgono solo se realizzano interessi di particolare meritevolezza sociale, perché altrimenti non si giustifica che nuocciano ai creditori (come dire che si può fare beneficenza a spese altrui); o (altro esempio) che le nullità dei contratti del consumatore sono speciali perché proteggono solo una parte (come se le nullità codicistiche del patto commissorio o del patto leonino o dell'incapacità giuridica speciale proteggessero non solo l'abusato ma l'abusante).

Meno dogmatismo e più razionalità ci svelerebbero facilmente che si può (e si deve) rinunciare ai dogmi senza per questo cadere necessariamente nell'arbitrio argomentativo. Il discorso del giurista non dipende da alcuna inesistente realtà giuridica, ma ha nella sua stessa capacità di rappresentarsi obiezioni un limite assai più efficace all'arbitrio argomentativo, e nella possibilità di mettere a punto una risposta sul caso non più esposta ad obiezioni una validità assai maggiore di quella illusoria del dogma.

Chi come me crede nel diritto come discorso razionale non ha perciò motivo di piangere sulla crisi delle classiche categorie dogmatiche, né di abbandonarsi al nichilismo. Pensa piuttosto che nel diritto il rigore sia nel ragionamento sul caso e non nei concetti in cui si vorrebbe inserirlo a forza. Come in matematica, la validità sta nel procedimento, non nell'esito del calcolo. La responsabilità del giurista è ragionare bene.

4 Congedo

Coglie quindi nel segno Carmelita Camardi quando aprendo la discussione su *Il diritto come discorso* indica nell'assunzione di responsabilità sottesa all'approccio al diritto come ad un discorso che deve avere tenuta razionale, la ragione per cui potrebbe valere la pena di occuparsi del libro.

O meglio: io non so se davvero valesse la pena di occuparsi del mio libro; ma posso confermare che nel patrocinare l'idea che compito del giurista sia argomentare correttamente la soluzione più giustificata di ogni caso, intendevo espressamente richiamare noi tutti alla responsabilità che ci compete e che ci qualifica come giuristi.

Quanto ci sia riuscito, è un altro discorso.

Ma ora che ho letto ciò che i miei commentatori hanno scritto, nel congedarmi da questo incontro con loro nutro timidamente la speranza di non avere del tutto fallito.